

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 35 – Numéro 2

Année : 2004-2005

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11948>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11948>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ÉVOLUTION ET LES ENJEUX DE L'ADOPTION NATIONALE ET INTERNATIONALE	327
Par Isabelle LAMMERANT	
LA CONVENTION SUR LA PROTECTION DES ENFANTS ET LA COOPÉRATION EN MATIÈRE D'ADOPTION INTERNATIONALE ET SA MISE EN OEUVRE EN DROIT QUÉBÉCOIS	355
Par Carmen LAVALLÉE	
LE CHAMP DE L'ADOPTION, SES ACTEURS ET SES ENJEUX.....	375
Par Françoise-Romaine OUELLETTE	
FACTEURS DE RISQUES FILIATIFS DANS LA SITUATION ADOPTIVE.....	407
Par Pierre LÉVY-SOUSSAN	
FÉMINISME JURIDIQUE «DISTINCT»? COMPARAISON ENTRE LE QUÉBEC ET LE ROC («REST OF CANADA»)	425
Par Marie-Claire BELLEAU	
L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ ÉCOLOGIQUE FAUSSE OU TROMPEUSE AU CANADA : UNE NÉCESSITÉ POUR LA RÉALISATION DU POTENTIEL DE LA CONSOMMATION ÉCOLOGIQUE?	449
Par Louis-Philippe LAMPRON	
LES INCERTITUDES JURIDICTIONNELLES EN TÉLÉMÉDECINE, OÙ EST POSÉ L'ACTE MÉDICAL?	521
Par Robert P. KOURI Sophie BRISSON	
L'ESSENTIEL DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS	549
Par Mathieu DEVINAT	
LES INFRACTIONS CONTRE LA PERSONNE ET CONTRE LES BIENS.....	553
Par Simon ROY	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ÉVOLUTION ET LES ENJEUX DE L'ADOPTION NATIONALE ET INTERNATIONALE

Auteur(s) : Isabelle LAMMERANT

Revue : RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : 327-353

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11939>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11939>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ÉVOLUTION ET LES ENJEUX DE L'ADOPTION NATIONALE ET INTERNATIONALE

par Isabelle LAMMERANT*

SOMMAIRE

Introduction :	Brève présentation du SSI/CIR	329
I.	La situation des enfants privés de famille à travers le monde : historique et actualité	330
II.	Historique et évolution des instruments internationaux applicables aux enfants privés de famille : vers un Code éthique international de l'adoption	334
	a) Droits de l'enfant et obligations des États	337
	b) Hiérarchie des mesures de protection de l'enfant	340
III.	Les enjeux de l'adoption du point de vue de l'enfant : pour un projet de vie familiale permanente pour chaque enfant et une mise en adéquation des demandes des adultes avec les besoins des enfants	341
	a) Pour un projet de vie familiale permanente pour chaque enfant	341
	b) Pour une mise en adéquation des demandes des adultes avec les besoins des enfants	345
IV.	Les enjeux complémentaires de l'adoption internationale : vers une responsabilité partagée entre pays d'origine et pays d'accueil	347
Conclusion :	Des conventions internationales et une pratique fondées sur une éthique	352

*, Coordinatrice du SSI/CIR, Docteur en droit de l'Université de Louvain (Belgique).

L'adoption constitue un moyen de protection important – mais subsidiaire – de l'enfant privé de famille. Connue depuis des décennies, elle continue cependant à interpeller les professionnels sur leurs connaissances, leurs normes et leurs pratiques. C'est la raison pour laquelle le Service social international y consacre un programme spécifique de suivi de son évolution et de ses enjeux, dans une perspective de promotion des droits des enfants concernés.

Introduction : Brève présentation du SSI/CIR

Le Service social international (SSI) est une organisation non gouvernementale internationale bénéficiant d'un réseau de services sociaux nationaux dans plus de 160 pays, et notamment d'une Branche au Canada¹. Le SSI intervient dans des cas individuels à la demande de personnes, d'organismes ou d'autorités, pour offrir une aide aux personnes et aux familles connaissant des problèmes juridiques ou sociaux causés par les migrations ou les déplacements internationaux. Son mode d'action spécifique consiste en la promotion d'une coopération entre services sociaux, autorités administratives, voire juridictions des pays concernés par une situation familiale internationale, en vue du rétablissement ou du renforcement de liens familiaux, ainsi que de l'appui à la résolution des conflits².

Programme créé par le Service social international, le Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille (SSI/CIR), situé au Secrétariat général à Genève, a pour but de contribuer, à travers le monde, à une meilleure protection des enfants en situation ou en risque de délaissement familial. Il travaille en réseau avec les Autorités des pays concernés, les organismes de protection de l'enfance et d'adoption agréés et les professionnels partageant une éthique fondée sur les droits de l'enfant.

Le SSI/CIR développe des activités de documentation, d'information, de recherche, d'expertise et de formation orientées vers la promotion des droits

-
1. Le Service social international – Canada, en ligne : <<http://www.issc-ssic.ca/>>.
 2. Pour plus d'informations, voyez aussi le site Internet du Secrétariat général du SSI, en ligne : <<http://www.iss-ssi.org/index.html>>.

de l'enfant³. Il publie notamment un Bulletin mensuel d'information et d'analyse, relatif aux législations et pratiques de protection de l'enfant privé de famille à travers le monde. Dans les pays ou les provinces d'accueil qui, tel le Québec, co-financent le SSI/CIR, le Bulletin est disponible gratuitement pour les professionnels, organisations et autorités engagés dans la promotion des droits de l'enfant privé de famille, qui en font la demande⁴. Par solidarité entre États d'accueil et d'origine, le Bulletin est également disponible gratuitement pour les professionnels des États d'origine⁵.

L'engagement mondial du SSI/CIR permet de replacer la problématique de l'adoption internationale au Québec dans un contexte global.

I. La situation des enfants privés de famille à travers le monde : historique et actualité

Comme vous le savez, *dans les pays industrialisés*, le nombre de nouveaux-nés en besoin d'adoption a diminué drastiquement durant tout le vingtième siècle, en raison de la généralisation de la contraception et de l'avortement, de la levée de la stigmatisation sociale des mères célibataires ainsi que du soutien prodigué aux parents en difficulté⁶. La seconde moitié du vingtième siècle se caractérise donc essentiellement par le développement de l'adoption internationale. Les adoptions internationales constituent actuellement, dans la plupart des pays industrialisés, la majorité absolue des adoptions «hétérofamiliales» (c'est-à-dire d'enfants non précédemment apparentés aux adoptants).

-
3. Site Internet du SSI/CIR, contenant une description de ses activités ainsi que des documents de référence et une banque de données bibliographiques, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/ressource_centre.html>. Au Canada, où la Branche du SSI est très active dans la diffusion des activités du SSI/CIR, les communications entre les professionnels (hormis les Autorités centrales) et le CIR passent par la Branche : casselman@issc-ssic.ca.
 4. Les professionnels québécois peuvent adresser cette demande à la Branche canadienne du SSI : casselman@issc-ssic.ca.
 5. S'adresser au SSI/CIR : irc.iss@bluewin.ch.
 6. Voyez par exemple I. Lammerant, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris et Bruylant, Bruxelles, 2001 (ci-après cité I. Lammerant), n°s 75-76.

Dans certains pays en transition ou en développement, les mêmes causes tendent progressivement à créer les mêmes effets; des couples candidats à l'adoption doivent parfois déjà attendre plusieurs années pour se voir confier un enfant⁷, voire se tourner vers l'adoption internationale dans un autre pays⁸.

Par contre, *de nombreux enfants et jeunes*, dans les pays en développement ou en transition comme dans les pays industrialisés, *passent leur vie en institution* sans relations familiales, ou en placement familial – solution en principe temporaire – en raison de l'absence d'élaboration, par les professionnels responsables, d'un projet de vie permanent et familial pour eux⁹; mais aussi de l'absence de familles de substitution acceptant de les accueillir¹⁰; voire, pour certains d'entre eux, de leur incapacité acquise à s'intégrer encore dans une famille, suite aux traumatismes de leur passé. Selon des estimations, 600 000 enfants vivent en placement familial aux États-Unis; 1 million et demi d'enfants vivaient hors de leur famille en Europe centrale et orientale et dans la Communauté des États Indépendants en 1999, parmi lesquels 900 000 étaient placés en institution; et 9 millions et demi d'enfants de moins de 15 ans orphelins de père et de mère en raison du SIDA sont pris en charge par leur famille ou leur communauté en Afrique, en Asie et en Amérique latine¹¹.

Parallèlement, *le nombre de personnes souhaitant adopter* augmente à travers le monde, en raison notamment de l'importance de la réalisation du désir d'enfant dans la recherche de développement personnel et de l'augmentation de la stérilité et de l'«hypofécondité»¹². Cependant, l'objet de leur désir, à savoir souvent un très jeune enfant sans problème de santé sérieux et dont, le cas échéant, le type ethnique se rapproche le plus possible du leur, correspond de moins en moins aux caractéristiques des enfants adoptables.

7. Inde.

8. Bulgarie et Slovaquie.

9. Voyez ci-dessous, III a).

10. Voyez ci-dessous, III b).

11. Child Welfare League of America; UNICEF, *A Decade of Transition*, Rapport régional n° 8, Centre de recherche Innocenti, Florence, 2001; USAID, UNAIDS, UNICEF, *Children on the Brink 2002: A joint Report on Orphan Estimates and Program Strategies*, Washington D.C., 2002.

12. Voyez par exemple I. Lammerant, *supra* note 6, n° 76 et *Désir d'enfant*, numéro 107/2003 de la Revue française *Informations sociales*.

Il résulte de ces tendances contraires *un déséquilibre entre les besoins des enfants adoptables et les demandes des parents adoptifs potentiels*. En France par exemple, au moins «35% des familles agréées (pour l'adoption) chaque année ne se verront pas confier d'enfant»¹³. Selon l'Unicef, à l'échelle mondiale, «il existe de nombreuses indications qui montrent que *le nombre de personnes cherchant à adopter un enfant dépasse de façon significative celui des enfants qui ont préalablement été désignés comme étant en besoin d'adoption et qui répondent aux critères posés par les futurs parents adoptifs*. Les statistiques de l'Autorité centrale italienne indiquent qu'entre 1994 et 1999, le nombre d'adoptions nationales accordées correspondait tout juste à 10,2% des demandes, alors que le chiffre respectif pour les adoptions internationales avoisinait en moyenne 34,1% pour la même période... Pour conclure, il existe de très sérieux fondements pour soutenir que les demandes d'adoption semblent excéder le nombre d'enfants adoptables en ce qui concerne les jeunes enfants en bonne santé, bien qu'il soit nettement impossible à ce stade d'en estimer la proportion. L'inverse semble toutefois avéré dans le cas des enfants considérés comme difficiles à placer, pour lesquels il y a un manque sérieux de parents adoptifs potentiels»¹⁴. Ces enfants, encore appelés «enfants à besoins spéciaux», sont plus âgés, porteurs d'un problème de santé ou d'un handicap, en fratrie, voire ethniquement typés.

Face à cette situation, *de plus en plus de pays d'origine* insistent pour recevoir des candidatures de parents à l'adoption internationale d'enfants à besoins spéciaux¹⁵ et soulignent l'impasse à laquelle mène l'afflux de demandes

13. M.-C. Le Boursicot, *L'accompagnement de l'adoption*, Rapport sur l'adoption internationale remis le 4 septembre 2002 à Monsieur C. Jacob, Ministre délégué à la famille à la p. 3.

14. N. Cantwell, «Adoption internationale – Commentaire du nombre d'enfants adoptables et du nombre de personnes qui cherchent à adopter au niveau international», *Protection internationale de l'enfant. La lettre des juges* publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé, t. V, printemps 2003 aux pp. 69-73, en ligne : <<http://hcch.e-vision.nl/upload/spring2003.pdf>> ou <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/Cantwell_Intercountry_Adoption_French.pdf> (c'est l'auteur qui souligne). Voyez aussi Rapport N. About sur la Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe «Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale», doc. 8592, 2 décembre 1999, n° 10.

15. Voyez par exemple la demande de la *Lettonie*, répercutée par le Bulletin d'information du SSI/CIR n° 60-61 de septembre - octobre 2003, de candidatures à l'adoption d'enfants âgés de 6 à 18 ans; ainsi que celle du *Pérou*, de candidatures à l'adoption d'enfants âgés de plus

d'adoptions de jeunes enfants en relative bonne santé¹⁶. Certains pays d'origine ont déjà annoncé que dans le cadre de l'adoption internationale, ils donnent priorité aux adoptants acceptant d'accueillir un enfant «à besoin spécial» (Chine), que la majorité de leurs enfants en besoin d'adoption internationale sont des enfants «à besoins spéciaux» (Brésil, Bulgarie, Moldavie, Philippines, Roumanie, Ukraine), voire qu'ils suspendent l'enregistrement des demandes d'adoption internationale, sauf pour les enfants à besoins spéciaux (Thaïlande)¹⁷.

L'image – répandue dans le public des pays industrialisés – d'un «Tiers-monde vaste réservoir de bébés adoptables» ne correspond donc pas plus à la réalité que celle, semblable, qui a qualifié les institutions d'hébergement des pays industrialisés. Par contre, de nombreux enfants «à besoins spéciaux» adoptables grandissent sans famille, aussi bien dans les pays industrialisés que dans les pays en transition ou en développement, tandis que des enfants et des jeunes encore plus nombreux vivent en institution sans que leur situation ait fait l'objet d'une évaluation en vue de leur offrir une solution de protection permanente, de préférence familiale.

En outre, et sans nier les efforts de pays d'accueil en vue de la promotion

de 5 ans, de fratries et d'enfants malades, en ligne : <http://www.diplomatie.fr/MAI/ind_pays.html> (site Internet de l'Autorité centrale française).

16. À titre d'exemples : «le centre d'adoption du Ministère de l'éducation à Kiev a confirmé à la Mission de l'adoption internationale ses difficultés croissantes à répondre aux demandes d'adoption d'enfants jeunes et en bonne santé, émanant tant des familles *ukrainiennes* que des familles étrangères»; «la Mission de l'adoption internationale a constaté que des propositions d'enfants ont été récemment refusées par les familles adoptantes, principalement pour des motifs d'âge des enfants. La MAI rappelle aux candidats que les exigences concernant les tranches d'âge fixées par l'ICBF, Autorité centrale *colombienne*, sont impératives»; le nombre d'enfants *vietnamiens* adoptables en bas âge et sans handicap dans les institutions d'hébergement est limité: site de l'Autorité centrale française, la Mission de l'adoption internationale (MAI), en ligne : <http://www.diplomatie.fr/MAI/ind_pays.html>. Par ailleurs, le 23 mars 2004, le Juge de la première chambre de l'enfance et de la jeunesse de Rio de Janeiro a suspendu pour un an l'enregistrement des demandes des candidats adoptants *brésiliens* pour des nouveaux-nés de sexe féminin, dans le but de rapprocher les demandes des candidats adoptants des besoins des enfants, en particulier de promouvoir l'adoption des garçons ainsi que des enfants de plus de quatre ans, ethniquement typés, porteurs d'un handicap ou en fratrie : *O Estado de Sao Paulo*, 24 mars 2004 (Source : Terre des Hommes - Brésil).
17. Le 1^{er} septembre 2003, le Mali également a suspendu l'acceptation de nouveaux dossiers de candidats adoptants étrangers, en raison du grand nombre de dossiers déjà en attente.

de «bonnes pratiques» dans l'adoption internationale, au niveau global, la pression de la demande de certains candidats adoptants étrangers sur les pays d'origine contribue au *trafic d'enfants*, comme le constate, parmi de nombreux autres¹⁸, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la vente d'enfants. Dans un rapport remis le 6 janvier 2003 à la Commission des droits de l'homme, celui-ci fait notamment état de «la prévalence alarmante», tant dans les pays d'origine traditionnels que dans les pays industrialisés, «de pratiques illégales ou coercitives en matière d'adoption, qui se ramènent à des ventes d'enfants». «Dans de nombreux cas, on ne cherche plus tant à offrir un foyer à un enfant qui en est dépourvu qu'à offrir un enfant à des parents qui en sont privés. Du coup, s'est développée une véritable industrie ... notamment le recours à des manœuvres frauduleuses ou à la contrainte pour persuader les mères célibataires de donner leurs enfants à l'adoption»¹⁹.

Ce constat de la situation mondiale appelle à se poser la question des règles éthiques internationales gouvernant la matière.

II. Historique et évolution des instruments internationaux applicables aux enfants privés de famille : vers un Code éthique international de l'adoption

Les instruments internationaux à portée universelle témoignent d'une évolution intéressante quant aux dispositions spécifiques à la famille et à l'adoption.

1) *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, promulgué à New York le 19 décembre 1966, contient des principes de protection de la famille et de l'enfant (art. 23 et 24).

2) *La Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies du 3 décembre 1986*, sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des

18. Voyez à ce sujet I. Lammerant, *supra* note 6, n°s 79-89.

19. E/CN.4/2003/79, n° 110-111; voyez le site de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, en ligne : <<http://193.194.138.190/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c99803980e320fb2c1256cda003d06e9?Opendocument>>.

pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, précise les principes.

Elle se fonde, en son préambule, sur la «conscience de la nécessité de proclamer des principes universels à prendre en compte dans les procédures de placement familial ou d'adoption d'un enfant, sur le plan national ou international».

3) *La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 (ci-après citée CDE) pose désormais les principes en termes de *droits* de l'enfant²⁰.

4) *La Convention de La Haye du 29 mai 1993* sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (ci-après citée CLH) développe ces droits de l'enfant et crée un système élaboré de coopération entre les Autorités centrales des États concernés²¹.

Selon le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, les raisons de la négociation de cette convention furent les suivantes :

1) «l'augmentation spectaculaire du nombre des adoptions internationales intervenues dans de nombreux pays depuis la fin des années soixante, à tel point que l'adoption transnationale était désormais un phénomène mondial caractérisé par la migration d'enfants sur de grandes distances géographiques et d'une société ou culture particulière à un autre environnement très différent;

20. Pour le texte de la Convention et des commentaires, voyez le site du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, en ligne : <http://www.unhchr.ch/french/html/menu2/6/crc_fr.htm> ou de l'Unicef, en ligne : <<http://www.unicef.org/french/crc/crc.htm>>.

21. Pour le texte de la Convention, son Rapport explicatif, les documents des Commissions spéciales, l'état complet des signatures, ratifications et adhésions (61 États membres le 12 juillet 2004, dont le Canada) et la désignation des Autorités chargées de son application, voyez le site du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, en ligne : <<http://www.hcch.net/f/conventions/menu33f.html>>.

2) l'existence de problèmes humains sérieux et complexes, qui pour une part sont déjà connus mais que ces nouveaux phénomènes ont pour effet d'aggraver, et pour une autre part sont nouveaux et présentent notamment des aspects juridiques nombreux et délicats; et

3) l'insuffisance des instruments juridiques nationaux et internationaux et la nécessité d'une approche multilatérale». Cette insuffisance révélait des besoins de normes juridiques contraignantes, d'un système de surveillance, d'un circuit de communication entre les Autorités des pays d'origine et d'accueil et d'une coopération entre ces pays²².

5) *La Convention des droits de l'enfant* est encore complétée par le *Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants*²³. Dans le domaine de l'adoption, le Protocole impose notamment aux États parties d'incriminer pénalement le fait, pour un intermédiaire, de susciter «improprement» un consentement à l'adoption nationale ou internationale, en violation des instruments internationaux applicables (art. 3), donc notamment de la Convention de La Haye. Le Protocole, qui vise également la tentative, la complicité et la participation relatives aux actes incriminés (art. 3.2), s'applique aux *agissements perpétrés «au plan interne ou transnational»* (art. 3.1). Tout État Partie peut prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître de ce type d'infractions lorsque l'auteur présumé est un ressortissant dudit État, ou a sa résidence habituelle sur le territoire de celui-ci; et lorsque la victime est un ressortissant dudit État. Tout État Partie prend également les mesures propres

-
22. G. Parra-Aranguren, *Rapport explicatif* à la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, Bureau permanent de la Conférence, La Haye, 1994, n°s 6-7. Pour les travaux préparatoires, voyez aussi H. Van Loon, «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», dans Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-septième session 10 au 29 mai 1993*, tome II, Bureau permanent de la Conférence, La Haye, 1994 aux pp. 10-119.
23. Pour le texte du Protocole et l'état de ses ratifications (71 le 12 juillet 2004; *source* : Unicef), voyez le site du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, en ligne : <http://www.unhchr.ch/french/html/menu2/6/crc_fr.htm> ou de l'Unicef, en ligne : <<http://www.unicef.org/french/crc/crc.htm>>. Parmi les États membres figurent des pays d'accueil et d'origine en matière d'adoption, tels l'Afrique du sud, l'Argentine, l'Arménie, la Bolivie, le Cambodge, la Chine, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la France, l'Italie, le Kazakhstan, le Kirghizstan, la Mongolie, la Norvège, le Paraguay, le Pérou, la Roumanie, le Rwanda, le Timor oriental, l'Ukraine et le Vietnam. Le Canada a signé le Protocole.

à établir sa compétence aux fins de connaître des infractions susmentionnées lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas vers un autre État Partie au motif que l'infraction a été commise par l'un de ses ressortissants (art. 4.2 et 4.3). Les États membres doivent en outre prendre les mesures garantissant le respect, par toutes les personnes impliquées, des instruments internationaux applicables et promouvoir la coopération internationale, ainsi que l'information du public, l'éducation et la formation, comme instruments de prévention et de lutte contre les délits prévus par le Protocole (art. 9 et 10).

Entre 1966 et 2000, ces différents textes internationaux témoignent, en matière d'adoption, d'une gradation :

- dans leur précision : de deux articles sur la famille à une convention exclusivement consacrée à l'adoption internationale;
- dans leur force juridique : d'une déclaration à des conventions;
- et dans leur représentation de l'enfant : d'un objet de protection à un sujet de droits.

Ces textes peuvent être considérés comme engageant l'ensemble de la Communauté internationale dans une évolution remarquable vers *un véritable Code éthique international de l'adoption*. Celui-ci comprend des droits de l'enfant, ainsi que des obligations corrélatives des États, fondant une hiérarchie des mesures d'aide à l'enfant.

a) *Droits de l'enfant et obligations des États*

Les textes internationaux consacrent *des droits de l'enfant*, notamment de l'enfant en situation de rupture familiale, fondés sur une pratique psychosociale développée durant plusieurs décennies et à propos desquels la Communauté internationale s'est mise d'accord. Les adultes, parents d'origine et éventuels candidats adoptants, se voient reconnaître corrélativement des droits, lesquels doivent cependant être exercés dans la limite de *l'intérêt*

*supérieur de l'enfant*²⁴. L'intérêt de l'enfant doit l'emporter sur les intérêts des adultes. Il n'existe en effet pas de droit à l'enfant ni sur l'enfant et encore moins de droit d'adopter²⁵.

Les droits de l'enfant prévus par les textes internationaux comprennent notamment :

- le droit au respect du rôle des parents d'origine et des liens familiaux d'origine (art. 5, 7, 8, 9, 10 et 18 de la CDE);
- le droit à une protection et une aide spéciales de l'État lorsque l'enfant se trouve hors de son milieu familial (art. 20 de la CDE);
- le droit au respect de son éducation d'origine, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique (art. 20 et 30 de la CDE);
- le principe de non-discrimination (art. 2 de la CDE), y compris entre enfants adoptés nationalement et internationalement (art. 21 c) de la CDE), et dans ce dernier cas entre enfants provenant de pays membres ou non de la Convention de La Haye de 1993²⁶;
- le droit de l'enfant en âge de discernement d'être entendu (art. 12 de la CDE);
- le droit au respect et à la connaissance de ses origines (art. 7 et 8 de la CDE ainsi que 30 et 31 de la CLH);
- la protection contre l'enlèvement, la vente ou la traite, ainsi que toute forme d'exploitation préjudiciable à son bien-être (art. 35 et 36 de la CDE et Protocole facultatif sur la vente des enfants).

24. Art. 3 et 21 de la Convention des droits de l'enfant et art. 1^{er} de la Convention de La Haye; voyez aussi I. Lammerant, *supra* note 6, n°s 62-63.

25. *Ibid.*, n°s 59-61.

26. Pour un développement de ce point, voyez I. Lammerant, *Éthique et adoption internationale*, Conférence d'ouverture du Colloque en adoption internationale organisé à Montréal les 4 et 5 mai 2004 par le Secrétariat à l'adoption internationale, n° 8 et I. Lammerant, *Éthique et adoption internationale*, Colloque de l'Association Louis Chatin «L'adoption internationale en droit comparé», Paris, 25-26 avril 2003 (texte mis à jour le 11 février 2004), n° 4; ces deux documents seront prochainement disponibles sur le site du SSI/CIR, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Reference/Documents_int_/documents_int_.html>.

Corrélativement, bien loin d'être essentiellement tenus, comme dans la théorie classique des droits de l'homme, à un seul devoir d'abstention d'intervention dans les droits et libertés des enfants, les États se sont désormais liés par des obligations positives d'action en faveur des enfants, notamment des enfants privés de famille. *Dans l'adoption internationale*, ces obligations comprennent notamment :

- l'intervention d'autorités et d'organes compétents, travaillant de façon interdisciplinaire (art. 21 de la CDE et 6-13 de la CLH);
- l'information de toutes les parties intéressées, enfant, parents d'origine et adoptants (art. 4 et 5 de la CLH);
- la vérification de l'adoptabilité de l'enfant, notamment du caractère éclairé du consentement des parents d'origine (art. 21 de la CDE, art. 4 de la CLH et Protocole à la CDE sur la vente des enfants);
- la vérification de l'aptitude des candidats adoptants (art. 5 de la CLH);
- l'interdiction de tout contact entre les candidats adoptants et les parents ou gardiens de l'enfant avant l'établissement, par les autorités compétentes, de l'adoptabilité de l'enfant et de l'aptitude des candidats adoptants (art. 29 de la CLH);
- la rapidité des procédures (art. 35 de la CLH)²⁷;
- l'illégalité des gains matériels indus²⁸, l'incrimination pénale de la vente d'enfants aux fins d'adoption et la prévention de celle-ci par l'information du public, l'éducation et la formation (art. 21 de la CDE, art. 32 de la CLH et Protocole à la CDE sur la vente des enfants).

27. Pour une précision de ce concept, voyez ci-dessous, II b) et III a). La question de *l'écoulement du temps* dans l'adoption est approfondie par I. Lammerant, n°s 43-46 et 787-790.

28. Voyez aussi Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille / Service social international, *Les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale - Fondements éthiques - Orientations pour la pratique*, Genève, 1999/2004, IIIème partie (à la p. 16), en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/guide_ethique_fr.PDF>.

b) Hiérarchie des mesures de protection de l'enfant

Les textes internationaux tracent ainsi les principes *d'une politique globale de protection de l'enfant*²⁹, et précisent la place de l'adoption dans une véritable hiérarchie des mesures d'aide à l'enfant³⁰ :

- primauté de la famille (sur l'institution) comme lieu de développement pour l'enfant³¹;
- priorité du soutien à la famille d'origine (nucléaire et élargie) et de la prévention de l'abandon et du placement;
- lorsque l'enfant est placé temporairement, priorité au rétablissement ou au renforcement des liens avec la famille d'origine et à la réintégration familiale de l'enfant, si ces mesures correspondent à son intérêt;
- subsidiarité de l'adoption nationale par rapport au soutien de la famille d'origine et à la réintégration familiale;
- double subsidiarité de l'adoption internationale, d'une part par rapport au soutien de la famille d'origine et à la réintégration familiale, d'autre part par rapport à l'adoption nationale³².

Ces principes sont présentés comme des droits des enfants – et non des adultes – et doivent être appliqués de façon individualisée pour chaque enfant, dans son intérêt supérieur.

L'application individualisée de cette politique globale de protection de l'enfant suppose le respect de *deux garanties* également présentées par les textes internationaux comme des droits de l'enfant, à savoir :

-
29. Voyez par exemple I. Lammerant, n°s 69 et 135. Pour un développement, voyez ci-dessous, III.
30. Le SSI/CIR considérant en principe le placement familial comme une solution provisoire – et non permanente – de protection de l'enfant.
31. À cet égard, voyez aussi l'Éditorial du Bulletin d'information du SSI/CIR n° 66 d'avril 2004, intitulé «Vie familiale, désinstitutionalisation et adoption», en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Edito.66.fra.pdf>.
32. Art. 21 de la Convention des droits de l'enfant, à lire en lien avec l'ensemble de la Convention.

- le droit à une décision dans un délai raisonnable, pas trop long pour tenir compte de la perception spécifique du temps par l'enfant, de la rapidité de ses attachements et des effets insécurisants des situations provisoires; pas trop court pour permettre l'évolution de l'enfant – voire de la famille d'origine et des professionnels – et une évaluation professionnelle de la situation³³;
- la révision périodique de toute mesure de placement temporaire, que l'on pourrait utilement préciser en parlant de l'établissement et la mise en œuvre d'un projet de vie familiale permanente pour chaque enfant.

III. Les enjeux de l'adoption du point de vue de l'enfant : pour un projet de vie familiale permanente pour chaque enfant et une mise en adéquation des demandes des adultes avec les besoins des enfants

a) Pour un projet de vie familiale permanente pour chaque enfant

Selon les instruments internationaux, tout enfant en difficulté familiale a droit à une révision systématique des mesures prises pour sa protection, en vue de *l'élaboration rapide*, par des professionnels de l'aide à l'enfance, *du projet de vie individualisé, familial et permanent* correspondant le mieux à son intérêt³⁴.

L'élaboration de ce projet de vie suppose *une évaluation, par des professionnels*, de la situation psycho-médico-sociale et juridique de l'enfant et de la famille d'origine. Si le maintien ou la réintégration de l'enfant dans la famille d'origine n'est pas possible ou ne correspond pas à l'intérêt de l'enfant, l'évaluation inclut *la détermination de l'adoptabilité* éventuelle de l'enfant, tant

33. Voyez par exemple I. Lammerant, n°s 43-46 et 787-790.

34. Article 25 de la Convention relative aux droits de l'enfant, à lire en lien avec l'ensemble de la Convention : voyez ci-dessus, n° 9; ainsi que Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille / Service social international, *Les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale - Fondements éthiques - Orientations pour la pratique*, Genève, 1999/2004, n°s 7-8, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/guide_ethique_fr.PDF> et l'Éditorial du Bulletin de documentation du SSI/CIR n° 12 de juin 2003, intitulé «projet de vie/Planification permanente pour les enfants séparés de leur famille ou risquant d'en être privés», en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/EditoDoc12FRE.pdf>.

juridique que psychosociale et de fait (c'est-à-dire ses chances réelles de trouver une famille)³⁵. Si un enfant remplit les conditions de l'adoptabilité légale, voire psychosociale, sans avoir de réelles chances d'être un jour adopté, malgré tous les efforts des professionnels pour lui trouver une famille, on peut se demander s'il convient de le déclarer juridiquement abandonné et adoptable (c'est-à-dire admissible à l'adoption en droit québécois), termes qui, s'ils éclairent – (trop?) douloureusement – sa situation, sont peut-être aussi susceptibles d'entretenir des espoirs irréalistes³⁶.

L'intérêt supérieur de l'enfant suppose également qu'il soit *informé* des projets élaborés à son sujet³⁷, qu'il soit *entendu et consulté* dans la mesure de son entendement³⁸, qu'il soit *préparé* à tout changement de vie, notamment au placement en vue d'adoption³⁹, et que celui-ci fasse l'objet d'un *suivi* au moins jusqu'à la réalisation définitive de l'adoption⁴⁰, toutes ces actions étant entreprises par des professionnels de la protection de l'enfance.

Conformément à l'esprit de l'ensemble de la Convention des droits de l'enfant, *la famille d'origine* doit également être associée à tout processus de décision relatif à l'enfant. À cet égard, selon la Fédération belge francophone des services de placement familial, un accompagnement plus systématique des parents d'origine pourrait en conduire certains à une réflexion et à une décision libre et éclairée de consentement à l'adoption dans l'intérêt de l'enfant, et donc

-
35. Sur ces trois notions, voyez I. Lammerant, *Les fondements éthiques et juridiques de l'adoption des enfants délaissés*, Contribution au Colloque «Devenir adoptable, être adopté», organisé à Paris les 13 et 14 novembre 2003, mise à jour en avril 2004, n° 5, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Ressource_Centre/Devenir_adoptable_-_etre_adopté.pdf>. Voyez aussi Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille / Service social international, *Les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale - Fondements éthiques - Orientations pour la pratique*, Genève, 1999/2004, n°s 1-5 et 9, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Ressource_Centre/guide_ethique_fr.PDF>.
36. Pour des éléments de réflexion, voyez C. Gore, *Enfants délaissés, adoptions tardives en France et en Europe*, ESF, Paris, 2001 aux pp. 84 et 80 (ci-après cité C. GORE).
37. Art. 4 d) de la Convention de La Haye (s'agissant, plus restrictivement, des situations dans lesquelles l'enfant doit donner son consentement à l'adoption).
38. Art. 12 de la Convention des droits de l'enfant et 4 d) de la Convention de La Haye.
39. Art. 4 d) de la Convention de La Haye (s'agissant, plus restrictivement, des situations dans lesquelles l'enfant doit donner son consentement à l'adoption).
40. Art. 20 de la Convention de La Haye.

éviter de longues procédures de déclaration d'adoptabilité (c'est-à-dire d'admissibilité à l'adoption) ou d'adoption conflictuelle⁴¹.

Dans la pratique, une telle évaluation orientée vers un projet de vie familiale permanente, à la fois immédiate, dès la prise en charge des enfants, et régulière, durant toute la durée des placements temporaires, ne semble pas opérationnelle dans de nombreux pays, tant industrialisés qu'en développement ou en transition.

Beaucoup de pays ne disposent en effet pas du personnel qualifié, de la réglementation et des procédures nécessaires à cette évaluation.

Lorsque ces éléments fondamentaux existent, un examen des diverses situations nationales semble démontrer que *la difficulté concrète, pour les professionnels, consiste dans l'évolution du projet relatif à l'enfant et du travail psychosocial avec la famille et l'enfant*. Le début d'une prise en charge suppose en effet en principe un investissement à l'égard de la famille d'origine, en vue d'évaluer ses ressources et ses limites. Après un délai à déterminer dans chaque situation, si la famille d'origine ne peut offrir à l'enfant un cadre de développement suffisant, les intervenants, dans l'intérêt de l'enfant, doivent changer de projet et envisager le recours à une famille de substitution. *Ce changement de projet* paraît susciter des difficultés de timing, d'investissement, de remise en question, voire de loyauté, pour les professionnels ayant pris en charge l'enfant.

En outre, en raison du cloisonnement de l'aide à l'enfance, les différentes solutions de protection de l'enfant (travail avec la famille d'origine, adoption, placement familial, placement institutionnel) ne sont pas nécessairement mises en œuvre par les mêmes professionnels, organismes et autorités⁴², système qui complique le passage d'une solution à une autre mais peut respecter la spécificité de chaque approche à condition d'être combiné avec une coordination interdisciplinaire adaptée.

41. *Réactions au projet de loi sur la déclaration d'abandon*, Bruxelles, 2 janvier 1987 à la p.2. Sur les problèmes de compréhension, par les professionnels, des familles des enfants placés, ainsi que de communication avec elles, voyez I. Lammerant, *supra* note 6, n°s 138-140.

42. Pour un exemple contraire, anglais, voyez I. Lammerant, *supra* note 6, n° 70.

Par ailleurs, des instruments méthodologiques d'évaluation de l'état de l'enfant et de ses besoins (matériels, émotionnels, etc.) ainsi que des capacités des parents d'origine de répondre à ces besoins doivent être développés, comme en Angleterre⁴³ et au Québec, pour permettre de déterminer le projet de vie permanente le plus adéquat pour chaque enfant.

Enfin, la durée de la procédure d'adoptabilité et le délai entre la déclaration d'adoptabilité d'un enfant et son placement en vue d'adoption peuvent être longs (jusqu'à plusieurs années) dans certains pays (Angleterre⁴⁴, France⁴⁵). La longueur du délai entre la déclaration d'adoptabilité et le placement en vue d'adoption révèle à la fois le besoin de l'enfant de se voir accorder du temps afin d'élaborer l'évolution de sa situation⁴⁶ et la difficulté des professionnels de mettre en œuvre rapidement le projet d'adoption, notamment de trouver une famille candidate.

Les mesures de protection temporaire, à savoir en principe le placement familial ou institutionnel, ne sont cependant pas faites pour durer sans prise de décision sur une solution individualisée et permanente pour chaque enfant.

En outre, pendant la durée de ces mesures temporaires, la Convention des droits de l'enfant consacre également des droits de l'enfant, lesquels sont souvent insuffisamment respectés à travers le monde. L'UNICEF et le Service social international ont donc entrepris en 2004 un projet de recherche et de plaidoyer intitulé «Improving Protection for Children without parental Care : The Need for international Standards» (*Améliorer la protection des enfants qui*

43. Voyez l'exposé de H. Jones, «Les fondements de l'adoption en Angleterre» au Colloque «Devenir adoptable, être adopté», organisé à Paris les 13 et 14 novembre 2003, en ligne : <<http://www.adoptiontardive.free.fr/>>; pour commander les Actes du colloque, s'adresser à Mme F. Guienne, guienne.f@wanadoo.fr).

44. Voyez par exemple C. Beckett et B. McKeigue, «Children in limbo. Cases where court decisions have taken two years or more», *Adoption and Fostering*, British Association for Adoption and Fostering (BAAF, en ligne : <<http://www.baaf.org.uk/>>), automne 2003 aux pp. 31-40.

45. C. Gore, *supra* note 36 aux pp. 89-90 et 96.

46. C. Gore, *supra* note 36 aux pp. 120-121.

ne sont pas pris en charge par leurs parents : le besoin de standards internationaux)⁴⁷.

Il restera cependant toujours des enfants et des jeunes trop marqués par leur passé pour être réintégrés dans une famille, ou pour lesquels les professionnels, malgré leurs efforts, ne trouvent pas de famille de substitution. Le respect de leur intérêt et de leurs droits implique *à tout le moins un projet de vie permanent dans l'institution la plus adaptée à leurs besoins*, ainsi que le maintien de liens, s'ils sont structurants, avec leur famille d'origine ou avec une famille de parrainage. La nécessité d'une continuité dans la situation de vie des mineurs (art. 20.3 de la Convention des droits de l'enfant) implique sans doute alors de remettre en question, lorsque le choix d'un type de placement *permanent* a été fait, les dispositions réglementaires imposant une remise en question régulière de la décision, celle-ci pouvant déstabiliser les mineurs. *La révision périodique du placement prévue par l'article 25 de la Convention pourrait alors porter sur l'évolution et les modalités du placement et non plus, sauf changement de circonstances, sur son principe. Il en irait de même pour les placements familiaux éventuellement considérés comme permanents.*

b) *Pour une mise en adéquation des demandes des adultes avec les besoins des enfants*

Lorsque l'adoption est évaluée comme le projet de vie familiale permanente le plus adéquat pour un enfant particulier, et que l'adoptabilité juridique et psychosociale de celui-ci est établie, reste encore à sélectionner la famille candidate à l'adoption la plus adéquate pour cet enfant. C'est ce qu'on appelle le processus d'apparement (ou jumelage en droit québécois, ou encore matching en anglais)⁴⁸.

47. Voyez le site du SSI, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/unicefronc_di.html> et le Bulletin d'information du SSI/CIR. Contacts: Alexandra Yuster, Unicef, ayuster@unicef.org; Nigel Cantwell, SSI, cantabene@hotmail.com et Isabelle Lammerant, SSI/CIR, ilammerant.iss-gs@bluewin.ch.

48. Pour les principes de l'apparement, voyez Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille / Service social international, *Les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale - Fondements éthiques - Orientations pour la pratique*, Genève, 1999/2004, n°s 18-30, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/guide_ethique_fr.PDF>.

La difficulté, tant dans les pays industrialisés que dans les pays en développement ou en transition, réside alors, lorsque l'enfant présente des besoins spéciaux, dans la possibilité de trouver une – et de préférence plusieurs – pour que l'on puisse réellement parler de sélection – famille adéquate, d'abord nationale et à défaut étrangère, susceptible de l'accueillir.

Le défi pour les autorités et les organismes de protection de l'enfance et d'adoption, confrontés au déséquilibre entre le contenu de la demande de la plupart des candidats adoptants et le profil des enfants adoptables, consiste certainement actuellement dans *le développement d'une conscientisation et d'une éducation des candidats adoptants, mais aussi de la population, des décideurs politiques⁴⁹ et administratifs, des médias et même des professionnels*, au sujet de la réalité des enfants en besoin d'adoption nationale et internationale. Combien de personnes ne croient-elles pas encore, en toute bonne foi, que des milliers de bébés en bonne santé attendent des parents de par le monde, alors que ce sont les candidats adoptants qui attendent ces enfants. Des enfants attendent certes en institution ou en famille d'accueil, mais des enfants d'un tout autre profil.

L'information des candidats adoptants peut également passer par *une préparation obligatoire commençant avant même le début de la procédure d'adoption*. Des pays industrialisés connaissant ce type de préparation témoignent d'un phénomène d'«autoévaluation» et d'«autosélection» des candidats adoptants, un certain nombre d'entre eux renonçant à leur projet après avoir été dûment informés⁵⁰.

Par ailleurs, *les critères de sélection des candidats adoptants* devraient vraisemblablement être revus pour les adoptions d'enfants à besoins spéciaux, ceux-ci pouvant bénéficier d'une adoption par des parents d'un autre profil, par exemple plus âgés ou d'un niveau socio-économique moins élevé que la moyenne des adoptants. À cet égard, *la possibilité d'une adoption subsidiée* est

49. Voyez aussi l'Éditorial du Bulletin d'information n° 64 de février 2004 du SSI/CIR, intitulé «Adoption et politique», en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Edito.64.fra.pdf>.

50. Belgique, Pays-Bas, etc.

également susceptible d'ouvrir l'adoption à certains enfants, notamment ceux vivant en famille d'accueil.

D'autres mesures législatives, administratives et procédurales peuvent encore contribuer au développement de l'adoption des enfants qui en ont besoin, par exemple la mise en œuvre de mécanismes de *partage d'informations* entre agences et autorités sur les enfants adoptables et les familles candidates à l'adoption, la création de *passerelles entre le placement familial et l'adoption* – songeons ici à la banque mixte québécoise, l'organisation d'un suivi spécifique et de services post-adoption, *l'adoption simple et l'adoption ouverte*⁵¹.

Toutes ces mesures ne seront cependant opérationnelles que sous la condition d'une *évolution des mentalités des professionnels* en vue de reconnaître l'importance primordiale d'un lien de filiation effectif – et non seulement d'une prise en charge adéquate – pour chaque enfant, d'améliorer les relations et le travail avec les familles d'origine, d'évaluer régulièrement les prises en charge temporaires des enfants hors de leur milieu familial, et de mettre en œuvre, dans les meilleurs délais, un projet de vie familiale permanente pour le plus grand nombre d'enfants possible.

IV. Les enjeux complémentaires de l'adoption internationale : vers une responsabilité partagée entre pays d'origine et pays d'accueil

Conformément à plusieurs instruments internationaux (art. 4 et 21 de la CDE, l'ensemble de la CLH et art. 6 et 10 du Protocole à la CDE sur la vente des enfants), *les pays d'origine et d'accueil se sont engagés à développer leur coopération*⁵².

51. Pour un approfondissement de tous ces thèmes, voyez I. Lammerant, *Les fondements éthiques et juridiques de l'adoption des enfants délaissés*, Contribution au Colloque «Devenir adoptable, être adopté», organisé à Paris les 13 et 14 novembre 2003, mis à jour en avril 2004, n°s 12-18, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Ressource_Centre/Devenir_adoptable_-_etre_adopté.pdf>, ainsi que l'Éditorial du Bulletin d'information du SSI/CIR n° 67 de mai 2004, intitulé «Pour le développement de l'adoption des enfants à besoins spéciaux», en ligne : <<http://www.iss-ssi.org/Edito.67.fra.pdf>>.

52. Pour un exposé sur ce point, voyez I. Lammerant, *Éthique et adoption internationale*, Conférence d'ouverture du Colloque en adoption internationale organisé à Montréal les 4 et 5 mai 2004 par le Secrétariat à l'adoption internationale, n° 9, prochainement disponible

Aux termes de la CLH, chaque État crée *une ou des Autorité(s) centrale(s) garante(s) de cette coopération* (art. 6 à 9). L'Autorité centrale du pays d'origine répond prioritairement de l'adoptabilité de l'enfant, du respect du principe de subsidiarité et du travail avec l'enfant et la famille d'origine (art. 4). L'Autorité centrale du pays d'accueil répond prioritairement de l'aptitude des candidats adoptants et du travail avec ceux-ci (art. 5). Aucun contact entre les candidats adoptants et les parents ou gardiens de l'enfant ne peut avoir lieu avant ces vérifications (art. 29). Par un échange d'informations et de rapports (art. 14 à 21), les Autorités centrales des États d'origine et d'accueil mettent concrètement en œuvre leur coopération et veillent à la réalisation des adoptions, toute adoption internationale entre les deux pays, y compris les adoptions «intrafamiliales», devant passer par elles. Une adoption prononcée dans un pays membre de la Convention est en outre en principe reconnue de plein droit dans tous les autres (art. 23 à 27).

Même si les tâches opérationnelles sont ainsi réparties par la Convention de La Haye, le pays d'origine et le pays d'accueil doivent être considérés comme *solidairement responsables du respect de l'ensemble de la Convention*, et tout particulièrement des principes de l'intérêt supérieur de l'enfant et de subsidiarité. C'est dans l'intérêt des enfants, et non des adultes, qu'ils doivent travailler.

En conséquence, avant d'entreprendre ou de développer des programmes d'adoption internationale, le pays d'origine devrait mener, avec la coopération éventuelle de pays d'accueil ou d'organismes internationaux, *une évaluation des besoins des enfants privés de famille*, des politiques de protection de l'enfance en cours et des intervenants locaux ou étrangers en charge de celles-ci. Les besoins réels d'adoption internationale (eu égard au principe de subsidiarité) sont dans ce cadre soigneusement appréciés, ainsi que le profil précis des enfants (à besoins spéciaux ou pas) concernés. Ces besoins sont mis en regard avec les programmes d'adoption internationale déjà existants dans le pays d'origine⁵³.

sur le site Internet du SSI/CIR, en ligne : <http://www.adoption.gouv.qc.ca/fr/publications/colloques/20040504_lammerant_f.pdf>.

53. Le SSI/CIR a élaboré une fiche-type, contenant la liste des informations relatives au pays d'origine, à réunir dans le cadre de pareille évaluation.

Si un besoin d'adoption internationale non encore rencontré est détecté dans un pays d'origine, les pays d'accueil sollicités pour y répondre sont alors responsables, afin d'éviter les pressions indues, de *n'adresser au pays d'origine que des demandes d'adoption correspondant, en nombre et quant au profil des enfants susceptibles d'être adoptés, aux besoins du pays d'origine*⁵⁴. Les pays d'accueil devraient donc tenir compte de ces données dans leur propre programmation de l'agrément des organismes d'adoption et des candidats adoptants. Parallèlement, le pays d'origine ne devrait agréer que les organismes correspondant, en nombre et en profil, aux besoins des enfants.

La recherche de l'intérêt supérieur des enfants dans la coopération entre pays d'origine et d'accueil est particulièrement illustrée par deux aspects essentiels de la procédure d'adoption : le recours à un organisme d'adoption agréé ou la possibilité d'une adoption indépendante, et les modalités de l'appareillement.

Dans les principaux pays d'accueil, un pourcentage variable des candidats adoptants a recours aux organismes agréés, les autres procédant à une adoption dite «indépendante» ou «privée», en prenant directement contact avec des professionnels ou des autorités des pays d'origine, voire – ce qui est en tout cas critiquable - avec les parents d'origine ou les gardiens de l'enfant⁵⁵.

*Le Service Social International est favorable aux adoptions par l'intermédiaire d'un organisme d'adoption agréé*⁵⁶. L'organisme d'adoption

54. Idéalement le SSI/CIR envisage que les pays d'origine adressent aux pays d'accueil les demandes d'enfants en besoin d'adoption internationale, et non que les pays d'accueil envoient des demandes d'adoptants (en nombre souvent trop élevé) aux pays d'origine : voyez l'Éditorial du Bulletin d'information du SSI/CIR n° 65 de mars 2004, intitulé «Dans l'intérêt de l'enfant, quelle offre pour répondre à quelle demande?», en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Edito.65.fra.pdf>.

55. Voyez ci-dessous, pour une critique de l'adoption «directe» entre candidats adoptants et parents d'origine ou gardiens de l'enfant.

56. Voyez Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille / Service social international, *Les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale - Fondements éthiques - Orientations pour la pratique*, Genève, 1999/2004 à la p. 16, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/guide_ethique_fr.PDF>. Voyez aussi les résultats d'une enquête effectuée pour informer la Conférence de La Haye de droit international privé : Défense des enfants – international, Fédération internationale Terre des

agréé est en effet garant, sous le contrôle des États d'origine et d'accueil, du professionnalisme et du caractère interdisciplinaire du processus d'adoption internationale⁵⁷, ainsi que de son intégration dans une véritable politique globale de protection de l'enfance. L'organisme tient le rôle du «tiers» de proximité et met en œuvre les nécessaires intervention et médiation de la société et de l'État dans la protection des enfants privés de famille (art. 20 et 21 de la Convention des droits de l'enfant). L'organisme d'adoption constitue également un lien concret entre les pays d'origine et d'accueil, et entre leurs Autorités respectives. À ce titre, il justifie en principe, face aux Autorités du pays d'accueil, l'adoptabilité de l'enfant, le respect du principe de double subsidiarité de l'adoption internationale et la préparation de l'enfant, et face aux Autorités du pays d'origine, l'aptitude à adopter et la préparation des candidats adoptants.

En cas d'adoption indépendante, ce rôle professionnel n'est pas tenu, et des garanties de respect des droits de l'enfant peuvent manquer, eu égard, notamment, à la situation concrète dans certains pays d'origine ou d'accueil. L'agrément conféré aux adoptants au terme de leur évaluation psychosociale est alors parfois interprété – à tort – comme un «feu vert» pour tous les agissements dans le pays d'origine, voire comme un «droit d'adopter»⁵⁸. Or, *l'État d'accueil peut être considéré comme portant une responsabilité relative aux comportements de ses ressortissants, candidats adoptants, à l'étranger*⁵⁹. À défaut d'imposer le passage par un organisme agréé – et un certain nombre de pays d'accueil et d'origine l'imposent déjà⁶⁰, l'État d'accueil devrait, pour assumer pleinement ses responsabilités et en collaboration avec l'État d'origine,

hommes et service social international, *Conclusions préliminaires d'une enquête conjointe sur les adoptions transnationales indépendantes*, Genève, mars 1991.

57. Faisant intervenir travailleurs sociaux, psychologues, médecins et juristes. Pour une discussion du rôle respectif du juriste et de l'intervenant psychosocial dans le processus d'adoption, voyez par exemple I. Lammerant, *supra* note 6, n°s 775-776.

58. Lequel n'existe bien entendu pas : voyez ci-dessus, II a).

59. Voyez notamment ci-dessus, II, à propos du Protocole à la Convention des droits de l'enfant sur la vente des enfants.

60. *Pays d'accueil* : Allemagne, Canada (notamment Québec et Ontario), Danemark, Finlande, Irlande, Italie, Norvège, Suède; *pays d'origine* imposant aux candidats adoptants le passage par un organisme agréé du pays d'accueil : Albanie, Bolivie, Chine, Corée du sud, Éthiopie, Honduras, Inde, Niger.

investiguer à propos des contacts à l'étranger de chaque candidat optant pour une adoption indépendante⁶¹.

L'apparement (ou détermination de la famille adoptive la plus adéquate pour tel enfant adoptable) est une étape essentielle du processus d'adoption⁶². *La Convention de La Haye* prévoit la coopération d'autorités spécialisées et, le cas échéant, d'organismes agréés, et prohibe tout contact entre les candidats adoptants et les parents ou gardiens de l'enfant avant la vérification, par les autorités compétentes, de l'adoptabilité de l'enfant et de l'aptitude des candidats adoptants (art. 29). Sur la base des rapports psycho-médicaux-sociaux concernant l'enfant (ses parents d'origine) et les candidats adoptants potentiels, les professionnels des Autorités des pays concernés choisissent la famille la plus adéquate pour chaque enfant, puis soumettent cet apparement à l'approbation des candidats adoptants pressentis (art. 15 à 17)⁶³.

L'«adoption directe», immédiatement arrangée entre les parents d'origine ou les gardiens de l'enfant et les candidats adoptants sans l'intervention d'un professionnel (mais bien, parfois, avec celle d'un trafiquant d'enfants), *peut donc être considérée comme contraire à l'esprit de la Convention de La Haye et est susceptible de violer son article 29*.

Par ailleurs, *l'adoption «directe» est contraire à l'esprit de la Convention des droits de l'enfant*, puisqu'elle fait de l'enfant l'objet d'un accord entre particuliers, voire d'un contrat lucratif, et non le sujet d'une mesure de

61. Certains pays encouragent ainsi fortement le passage par un organisme d'adoption agréé, en confiant toutes les missions d'un organisme agréé à l'Autorité centrale en cas d'adoption indépendante, et en *soumettant à un contrôle officiel le contact à l'étranger des personnes envisageant une adoption indépendante* : Australie, Communauté flamande de Belgique, projet en Communauté française de Belgique, Pays-Bas.

62. Pour une description chronologique du processus d'adoption internationale, tel qu'il découle non seulement des «bonnes pratiques» psychosociales développées au cours des dernières décennies, mais aussi des conventions internationales, voyez I. Lammerant, *supra* note 6, n°s 262-263.

63. Pour rappel, sur les principes de l'apparement, voyez Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille / Service social international, *Les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale - Fondements éthiques - Orientations pour la pratique*, Genève, 1999/2004, en ligne : <http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/guide_ethique_fr.PDF>, n°s 18-30.

protection professionnelle dont les États sont responsables (art. 20 et 21 de la Convention des droits de l'enfant). L'adoption directe est en outre *fréquemment source d'abus, de trafics d'enfants* et de violations graves des droits de l'enfant, et en tant que telle susceptible de relever du *Protocole facultatif* à la Convention des droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants. Certains psychologues insistent également sur les dangers à long terme, pour le développement tant de l'enfant que du lien adoptif, du «choix» de l'enfant par les candidats adoptants⁶⁴.

Il est à ce titre regrettable que la pratique de l'adoption directe soit répandue dans certains pays d'origine, essentiellement non parties à la Convention de La Haye, et que des pays d'accueil, y compris des États membres de la Convention de La Haye, laissent leurs ressortissants agir en ce sens dans les pays d'origine non membres de la convention. Si cependant on admet que *tous les enfants* doivent se voir reconnaître les mêmes droits en matière d'adoption internationale, *quel que soit leur pays d'origine*⁶⁵, cette pratique est difficilement acceptable.

Conclusion : Des conventions internationales et une pratique fondées sur une éthique

Les conventions internationales sont nécessaires, mais elles ne sont pas suffisantes, à elles seules, pour garantir le respect des droits de l'enfant et de l'éthique de l'adoption internationale. Il s'agit d'instruments à faire vivre, sur les plans non seulement juridique mais aussi psychosocial, grâce à l'intervention d'équipes pluridisciplinaires et d'une coopération internationale renforcée, en partant des besoins des enfants.

Elles supposent un engagement courageux, professionnel et désintéressé de la part des Autorités et des organismes chargés de leur mise en œuvre, face aux pressions de certains adultes ne prenant pas suffisamment en considération, sans discrimination, les intérêts des enfants les plus en besoin de protection.

64. Voyez par exemple les citations reprises par I. Lammerant, *supra* note 6, n° 261.

65. Voyez ci-dessus, II a).

Elles représentent certainement un apport considérable à la protection des droits de l'enfant pour les prochaines décennies, et un outil de remise en cause permanente de nos traditions et de nos conceptions.

Utilisons-les!

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CONVENTION SUR LA PROTECTION DES ENFANTS ET LA
COOPÉRATION EN MATIÈRE D'ADOPTION INTERNATIONALE ET SA
MISE EN OEUVRE EN DROIT QUÉBÉCOIS

Auteur(s) : Carmen LAVALLÉE

Revue : *RDUS*, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : **355-374**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11940>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11940>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CONVENTION SUR LA PROTECTION DES ENFANTS ET LA COOPÉRATION EN MATIÈRE D'ADOPTION INTERNATIONALE ET SA MISE EN OEUVRE EN DROIT QUÉBÉCOIS

par Carmen LAVALLÉE*

SOMMAIRE

Introduction	357
A. Une approche pragmatique axée sur la coopération internationale	359
1. <i>Une conception de l'adoption orientée vers la protection de l'enfant</i>	359
2. <i>Le cadre général de la coopération internationale</i>	364
B. Une conciliation imparfaite des règles de l'adoption internationale	367
1. <i>Le consentement parental et le prononcé de l'adoption</i>	368
2. <i>La valeur en droit québécois d'une décision étrangère d'adoption</i>	370
Conclusion	373

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Ce texte est, en partie, inspiré et adapté de C. Lavallée, *Les finalités de l'adoption en droit français et québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, à paraître.

Introduction

L'adoption internationale est un mode de circulation des enfants qui a pris une ampleur considérable au cours des dernières années. La Seconde Guerre mondiale a donné son premier envol au phénomène du déplacement transnational des enfants à cause du nombre élevé d'orphelins qu'elle a laissé dans son sillage et qui ont été, par la suite, adoptés à l'étranger¹. Au Québec, ce n'est qu'au début des années soixante-dix que le développement de l'institution s'est accéléré. Pour des raisons maintes fois évoquées, le nombre d'enfants adoptables dans les pays industrialisés ne cessait de diminuer et les pressions des candidats à l'adoption se faisaient de plus en plus pressantes sur les autorités publiques afin qu'elles établissent des règles légales en matière d'adoption internationale. Au fil des ans, l'adoption s'est mondialisée, se développant dans certaines régions au gré des bouleversements géopolitiques, et se refermant dans d'autres, en cas de scandales liés le plus souvent à la violation des règles établies. L'adoption internationale s'est doucement transformée. D'un mode de protection des enfants en cas de guerres ou de catastrophes naturelles, elle est devenue un moyen de répondre à un besoin de parentalité, pour reprendre un terme souvent employé par les psychologues et les sociologues, que la nature ou les circonstances de la vie n'avaient pas permis de combler.

Plusieurs mythes circulent à propos de l'adoption internationale. Certains candidats supposent que les démarches sont forcément plus rapides à l'étranger et que les conditions d'adoption y sont plus souples qu'au Québec. Nombreux sont ceux qui croient encore à l'existence, dans les pays en développement, d'un grand nombre d'enfants, orphelins de père et de mère et en parfaite santé, qui attendent d'être adoptés. Or, le profil des enfants adoptables à l'étranger se rapprocherait de plus en plus de celui des enfants adoptables dans les pays industrialisés. Ce sont souvent des enfants dits à particularités, en raison de leur âge, de leur état de santé physique ou mentale ou présentant des problèmes psychologiques ou comportementaux². Plusieurs

-
1. J.H.A. Van Loon, «Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger», Document préliminaire, le 1^{er} avril 1990, Conférence internationale de droit international privé de La Haye à la p. 38.
 2. I. Lammerant, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, Bruyant, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 106.

d'entre eux ne sont pas complètement abandonnés, leurs parents biologiques ayant consenti à l'adoption et au déplacement de l'enfant vers l'étranger simplement dans le but d'améliorer ses conditions d'existence. Certains parents conservent des liens avec l'adopté et le phénomène des retrouvailles internationales prend de plus en plus d'importance.

L'adoption internationale constitue donc, au même titre que l'adoption interne, une institution difficile à gérer à cause des conflits potentiels entre les droits de la famille biologique confrontée à la douleur de la séparation et les droits de la famille adoptante très impliquée d'un point de vue personnel et émotif. Toutefois, les obstacles sont redoublés dans le cas de l'adoption internationale puisqu'aux difficultés relatives aux relations entre les familles d'origine et adoptantes, s'ajoutent les risques de conflits de souveraineté entre les pays d'origine des adoptés et des adoptants. Ces derniers fondent leurs attentes sur l'adoption plénière, seule forme d'adoption reconnue par le *Code civil du Québec*, qui entraîne la rupture totale et définitive de tous les liens juridiques entre l'enfant et sa famille alors que certains pays d'origine des enfants ne connaissent que l'adoption simple, qui a pour conséquence de maintenir le lien de filiation biologique. L'adoption simple est une filiation additive alors que l'adoption plénière est une filiation substitutive. D'autres pays connaissent l'une et l'autre forme alors que certains États d'obédience musulmane prohibent carrément l'adoption. Les différences de conception de l'institution fragilisent les règles de droit international privé qui ont, depuis longtemps, montré leurs limites en matière d'adoption internationale³. Aux difficultés d'interprétation des règles légales, s'ajoutent également les risques de détournements ou de trafics d'enfants dans un contexte où, pour user d'un vocabulaire de nature économique, la demande dépasse largement l'offre.

Assurer une protection adéquate de l'enfant dans le contexte mondial de l'adoption devenait de plus en plus complexe. C'est à partir de ce constat que l'idée d'une convention multilatérale a vu le jour afin de réduire les risques de

3. P. Glenn, «Le droit international privé du divorce et de la filiation adoptive : un renversement de la méthodologie conflictuelle» (1988) 19 *R.G.D.* 359. Pour de plus amples informations sur le succès mitigé des conventions antérieures de droit international privé en matière d'adoption internationale, voir C. Lavallée, *Les finalités de l'adoption en droit français et en droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, à paraître.

trafics et d'augmenter les chances pour l'adopté d'obtenir un statut personnel cohérent au plan international. C'est l'un des objectifs poursuivis par la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* adoptée à La Haye le 29 mai 1993⁴. Bien que la province de Québec jouisse d'une avance reconnue en matière de protection de la jeunesse, elle aura été l'une des dernières au Canada à se déclarer liée par la Convention. Le Projet de loi 11⁵ vise justement à rendre le droit québécois conforme à la Convention de La Haye qui se fonde sur une approche pragmatique axée sur la coopération internationale (A) plutôt que sur la règle traditionnelle des conflits de loi, entraînant néanmoins une conciliation imparfaite des règles de l'adoption internationale (B).

A. Une approche pragmatique axée sur la coopération internationale

Pour assurer une protection efficace à l'enfant, il importait de pourvoir au respect de ses droits à toutes les étapes de la procédure et d'écarter les règles de conflits de juridiction et de conflits de loi traditionnellement entraînées par l'adoption internationale. Conjuguer cette double finalité par la mise en place d'un cadre général de coopération internationale (2) constitue l'originalité et la force de la Convention de La Haye du 29 mai 1993. Cette nouvelle approche en matière d'adoption internationale repose sur une conception de l'adoption orientée d'abord et avant tout vers la protection de l'enfant (1).

1. Une conception de l'adoption orientée vers la protection de l'enfant

Au moment où les pourparlers qui devaient mener à l'adoption de la Convention du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale ont commencé, la *Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant*⁶ venait tout juste d'être adoptée. Les ratifications rapides et nombreuses

4. Le Canada a signé la Convention le 12 avril 1994, l'a ratifiée le 19 décembre 1996 et elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1997.

5. *Loi assurant la mise en oeuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions législatives*, 1^{re} session, 37^e lég., Québec, 2004 (sanctionnée le 22 avril 2004, L.Q. c. 3) (ci-après P.L. 11.). Seuls les articles 26, 27 par. 1 et 28 à 30 sont en vigueur depuis le 1^{er} sept. 2004, D-786-2004, G.O.Q. 2004.II.3845.

6. *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992, n° 3.

de la Convention sur les droits de l'enfant ont permis l'établissement d'un certain consensus international sur la conception de l'adoption. En premier lieu, l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale en la matière. Le principe est affirmé aux articles 3 et 21 de la Convention de New York et il est repris à quelques reprises par la Convention de La Haye⁷. L'expression a suscité nombre de critiques et d'interprétations divergentes en droit interne, et son application n'est pas plus aisée en droit international. En revanche, la conception de l'adoption dont ces conventions font la promotion est relativement nouvelle.

L'article 20 de la Convention sur les droits de l'enfant présente l'adoption comme une mesure de protection de remplacement au cas où l'enfant est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial ou qu'il va de son intérêt de ne pas y être laissé. Les conventions de New York et de La Haye inscrivent clairement l'adoption dans un processus de protection de l'enfant marquant par le fait même un changement de cap important. Les propos du premier Secrétaire de la Conférence de La Haye le confirment : «Il ne suffit plus de voir l'adoption comme une institution juridique particulière qui consiste à créer un lien de filiation, il faut nécessairement la voir également comme faisant partie de toute une gamme de solutions de protection de l'enfant⁸». De plus, parmi tous les mécanismes de protection possibles, il y a un ordre de préférence. En effet, les pays d'origine ont obtenu que soit précisé le principe de la «subsidiarité» de l'adoption internationale. L'article 4b) de la Convention de La Haye indique que l'adoption internationale ne peut être envisagée qu'après l'examen des possibilités de placement de l'enfant dans son pays d'origine, confirmant que l'intérêt de l'enfant n'est pas *a priori* d'être coupé de sa famille biologique. Une interprétation stricte de l'article 4b) aurait pu limiter considérablement les possibilités d'adoptions internationales, mais cela ne fut pas le cas. Rapidement, il a été convenu que cet article devait se lire en parallèle avec le préambule de la Convention qui rappelle l'obligation des États membres de prendre des mesures appropriées pour permettre le maintien de l'enfant dans sa famille d'origine. Mais le texte reconnaît du même souffle que l'adoption

7. On retrouve les expressions «intérêt de l'enfant et intérêt supérieur de l'enfant» notamment dans le préambule et aux articles 1a) , 4b), et 16.

8. H. Van Loon, «Genèse et historique de la Convention du 29 mai 1993» dans *L'adoption internationale, Actes du colloque Louis Chatin*, tenu à Paris les 2 et 3 décembre 1994 à la p. 11.

internationale présente l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel il n'est pas possible de trouver une famille appropriée dans son pays d'origine. La lecture conjuguée des deux dispositions donne priorité à une solution stable et permanente, comme l'adoption internationale, par rapport à l'institutionnalisation de l'enfant dans son pays d'origine ou son placement temporaire dans une famille d'accueil. Toutefois, il incombe au juge de faire respecter le caractère subsidiaire de l'adoption internationale, ce qui suppose que les demandes des adoptants nationaux et étrangers soient centralisées devant le tribunal pour mineurs, ce qui n'est pas le cas dans plusieurs pays d'origine des enfants⁹. Dans ce contexte, le caractère subsidiaire de l'adoption se défend en regard de l'intérêt de l'enfant et de son droit d'être maintenu dans sa famille ou son pays d'origine, mais il ne constitue pas une mesure efficace pour lutter contre le trafic et les dérives.

Le passage obligé par un intermédiaire est la principale mesure imaginée pour prévenir les trafics de l'adoption internationale. Au coeur du débat se trouvait la question des adoptions indépendantes qui consistent pour les candidats à l'adoption à mener leurs propres démarches sans recourir aux services d'un organisme autorisé dans leur pays. Le sujet était délicat, car dans la plupart des pays d'accueil, les adoptions nationales doivent obligatoirement se faire par l'entremise d'un intermédiaire et le maintien d'une procédure plus permissive pour l'adoption internationale se justifiait difficilement. Toutefois, les délégués des États-Unis, pays d'accueil d'environ le tiers de tous les enfants adoptés internationalement dans le monde, plaidaient en faveur du maintien de ce type d'adoption. En effet, une partie importante de l'opinion publique américaine considère l'intervention obligatoire d'un organisme étatique comme une limite à sa liberté fondamentale¹⁰. La Convention est donc le fruit d'un compromis. L'article 22-2 autorise le maintien des adoptions indépendantes à la condition que soit déclaré auprès du dépositaire de la Convention que les fonctions conférées à l'autorité centrale seront exercées par des organismes ou personnes qui, sans être agréés, remplissent les conditions de moralité nécessaires. Les pays d'origine peuvent toutefois choisir de déplacer leurs

9. B. Trillat, *L'adoption, essai sur les institutions*, Lyon, Les Presses universitaires de Lyon, 1995 à la p. 180.

10. H. Van Loon, *supra* note 8 à la p. 12.

enfants uniquement vers des pays qui ne délèguent pas les pouvoirs de l'autorité centrale à des organismes ou à des personnes non agréés¹¹.

Au Québec, le Projet de loi 11 mettra fin, en principe, aux adoptions indépendantes. Le nouvel article 564 du *Code civil du Québec* prévoit que les démarches en vue de l'adoption devront être effectuées par un organisme agréé par le ministre de la Santé et des Services sociaux en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹², à moins qu'un arrêté ministériel publié à la *Gazette officielle du Québec* ne prévoit autrement. Il a déjà été convenu que les adoptions internationales endofamiliales continueront de se faire sans l'intervention obligatoire d'un intermédiaire et que les conditions seront établies plus tard par la voie d'un arrêté¹³. Les adoptions dans des pays pour lesquels il n'existe pas d'organismes agréés pour agir à titre d'intermédiaire restent aussi problématiques et pourraient être réglées de la même manière. Le fait de procéder par voie administrative plutôt que par voie réglementaire présente l'avantage de la souplesse, mais a suscité, auprès de certains organismes¹⁴, la crainte d'un risque d'arbitraire de la part de l'administration, une inquiétude partagée par le Barreau du Québec¹⁵.

Finalement, et toujours dans le but de protéger les enfants contre les trafics, l'article 32 de la Convention prévoit que nul ne peut tirer un profit matériel indu en raison d'une intervention à l'occasion d'une adoption internationale et que «seuls peuvent être demandés et payés les frais et dépenses, y compris les honoraires raisonnables des personnes qui sont intervenues dans l'adoption». La notion de «gain matériel indu» est à rapprocher de celle de «profit matériel indu» contenue à l'article 21d) de la Convention sur les droits

11. Convention de la Haye, art. 22-4.

12. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34, ci-après LPJ.

13. Propos tenus par le ministre de la Santé et des Services sociaux en réponse à des questions soulevées par la Fédération des parents adoptants, devant la Commission des affaires sociales, le 3 février 2004, vol. 38, n° 30.

14. Voir les commentaires des représentants de Terre des hommes et de la Fédération des parents adoptants du Québec devant la Commission des affaires sociales, le 3 février 2004, vol. 38, n° 30.

15. Barreau du Québec, *Mémoire sur la Loi assurant la mise en oeuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions législatives en matière d'adoption*, janvier 2004 à la p. 9.

de l'enfant qui énonce qu'en cas d'adoption internationale, les États doivent prendre toutes les mesures appropriées pour que le placement de l'enfant ne se traduise pas par un «profit matériel indu» pour les personnes qui en sont responsables. La formulation de la Convention de New York démontre plus clairement que cet objectif s'inscrit dans une politique générale de prévention des trafics alors que l'article 32 de la Convention de La Haye présente un caractère plutôt «incantatoire»¹⁶. On a déjà fait remarquer, à juste titre, que l'expression «gain matériel indu» est inadéquate puisqu'elle suppose qu'un gain matériel peut être dû et qu'en conséquence tirer un profit matériel d'une adoption n'est pas interdit¹⁷. Dans le même ordre d'idée, la notion d'«honoraires raisonnables» est vague et on peut se demander si la «raisonnabilité» des honoraires est fonction du marché. Dans certains pays occidentaux où la demande d'enfants disponibles pour l'adoption est grandissante, on assiste à une augmentation des tarifs et frais reliés à l'adoption internationale. Alors que l'emploi du mot «vente» répugne à tous, il incombe aux instances nationales de mettre en place des mécanismes de contrôle efficaces visant à prévenir les trafics. Dans cette optique, le Projet de loi 11 entraîne une augmentation importante du montant des amendes pouvant être infligées à des personnes physiques ou morales qui contreviennent à l'interdiction de tirer quelque paiement ou avantage que ce soit de l'adoption interne ou internationale¹⁸. Mais la pénalisation des activités illicites en matière d'adoption a toujours été d'application difficile. La prévention reste le moyen le plus efficace de lutter contre les trafics et pour y parvenir, la Convention s'appuie sur le principe de la coopération internationale.

16. B. Sturlèse, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», J.C.P. 1993.I.3710.

17. B. Trillat, *supra* note 9 à la p. 191.

18. P.L. 11, *supra* note 5, art. 26 modifiant l'article 135.1 et suivants de la LPJ. Il faut dire que les amendes prévues à l'ancien texte étaient plutôt dérisoires et n'avaient certainement pas l'effet dissuasif escompté. Les nouvelles dispositions sont en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2004. D. 759-2004, G.O.Q.2004 II 3845.

2. *Le cadre général de la coopération internationale*

La Convention de La Haye présente l'avantage d'uniformiser les règles matérielles en adoption internationale. Elle fixe les conditions de fond et la procédure à suivre pour l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Elle établit également la compétence internationale des autorités reconnues dans le processus antérieur au prononcé de l'adoption qui peut se réaliser soit dans le pays d'accueil de l'enfant, soit dans son pays d'origine. La question de la concurrence des responsabilités entre les pays d'origine et d'accueil des enfants était un élément fondamental puisque la mise en place d'un système efficace de coopération repose sur un accord préalable quant à la répartition des responsabilités de chacun.

Les responsabilités des pays d'origine concernent principalement l'adoptabilité de l'enfant¹⁹. Il leur revient de sélectionner les enfants admissibles à l'adoption en vertu de leur loi nationale. Toutefois, c'est à l'égard des conditions relatives au consentement à l'adoption que le rôle des pays d'origine est le plus important. En vertu de l'article 4, les États d'origine doivent vérifier que le consentement à l'adoption a été donné d'une manière libre, inconditionnelle et éclairée. Les pays d'accueil sont chargés de la sélection des adoptants et doivent faciliter l'entrée de l'enfant sur leur territoire. S'agissant de l'évaluation des adoptants, le Projet de loi 11 n'entraîne pas de changements importants. L'évaluation psychosociale continue de relever du directeur de la protection de la jeunesse si l'adoption est prononcée au Québec, mais elle peut aussi être effectuée par un professionnel membre de l'un des ordres professionnels désignés dans la loi si l'adoption doit avoir lieu à l'étranger²⁰.

Une telle division des responsabilités des États signataires présente l'avantage de favoriser la coopération, mais elle n'est pas sans comporter des risques de discordances dans sa mise en oeuvre. Le tribunal amené à prononcer l'adoption dans le pays d'origine ou dans le pays d'accueil aura à prendre en considération l'ensemble de la situation de l'enfant et pourrait conclure d'une

19. Convention de La Haye, art. 4.

20. P.L. 11, *supra* note 5, art. 71.7 de la LPJ, reprenant l'article 72.3 et intégrant des modifications relatives au prononcé et à la reconnaissance de l'adoption.

manière différente puisqu'il devra apprécier certains éléments fondamentaux de l'adoption au regard d'une autre loi compétente²¹. Par exemple, l'adoption par des concubins jugés aptes à adopter selon la loi québécoise pourrait être refusée dans le pays d'origine de l'enfant, si la loi de cet État permet uniquement l'adoption par des époux. Pour empêcher que la compartimentation des responsabilités conduise à de telles impasses juridiques, les négociateurs ont prévu un mécanisme spécifique qui vise à organiser une gestion conjointe du placement effectif de l'enfant en collaboration avec les deux autorités concernées dans chacun des pays signataires. L'article 17 de la Convention prévoit une forme de verrouillage du processus du placement qui ne peut se poursuivre sans l'accord des autorités des deux pays signataires. Chaque autorité ne donnant son accord à la poursuite du projet d'adoption qu'après s'être assurée, au regard de son propre système juridique, que le prononcé de l'adoption ou sa reconnaissance ne présentera pas d'obstacle légal. Il s'agit d'une gestion conjointe du placement effectué par les autorités compétentes désignées souverainement par les États parties à la Convention.

La Convention prévoit l'obligation pour chaque État contractant de désigner une autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations imposées par le texte²². Le ministre de la Santé et des Services sociaux a été désigné pour agir à titre d'autorité centrale pour le Québec²³, mais dans les faits, cette responsabilité sera exercée par le secrétariat à l'adoption internationale. L'autorité centrale constitue l'un des acteurs les plus importants pour assurer la coopération internationale. L'instrument est déjà connu et a fait ses preuves en droit international de l'enfance dans plusieurs conventions de La Haye concernant l'entraide judiciaire et administrative internationale. L'autorité centrale est la clé de voûte de la *Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants*, signée le 25 octobre 1980²⁴ dont le Canada est d'ailleurs signataire²⁵. Mais la convention sur l'adoption internationale innove en

21. B. Sturlèse, *supra* note 16.

22. Convention de La Haye, art. 7

23. P.L. 11, *supra* note 5, art. 2.

24. V. A. Dyer, «Progrès et problèmes de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants» dans J. Rubellin-Devichi et R. Frank, dir., *L'enfant et les conventions internationales*, Les Presses Universitaires de Lyon, 1996 à la p. 71.

25. La convention a été introduite dans le droit québécois par la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q. c. A-23.01.

permettant la délégation d'une partie des fonctions de l'autorité centrale, notamment à des organismes agréés, changeant ainsi la nature et le fonctionnement de celle-ci²⁶.

Le point de départ de la procédure est la saisine par les adoptants de l'autorité centrale de leur pays qui doit établir un rapport sur leur situation personnelle²⁷. Ce rapport sera transmis à l'autorité centrale du pays d'origine chargé, pour sa part, de faire le point sur la situation de l'enfant jugé adoptable²⁸. Le rapport au sujet de l'enfant sera à son tour transmis à l'État d'accueil. Ainsi, les deux autorités centrales concernées agissent-elles de concert pour le jumelage entre l'adoptant et l'adopté. Les autorités centrales ont donc un pouvoir très important puisqu'elles deviennent un passage obligé pour une personne résidant habituellement dans un État signataire qui désire adopter un enfant dont la résidence habituelle est située dans un autre État signataire. Elles disposent d'un pouvoir d'appréciation notamment dans l'établissement des rapports nécessaires à la poursuite ou non du processus de l'adoption. S'agissant des organismes agréés, la Convention fixe simplement les normes minimales auxquelles ils doivent être soumis. Elles ont trait au but non lucratif et à la qualification morale et professionnelle de ses dirigeants. La composition, le fonctionnement et la surveillance financière des organismes restent sous le contrôle des autorités nationales compétentes²⁹. Le ministre de la Santé et des Services sociaux est chargé de délivrer et de renouveler les agréments ainsi que du contrôle général des activités des organismes³⁰. Compte tenu de l'importance des pouvoirs confiés au Ministre, un certain contentieux relatif au contrôle judiciaire des décisions qui seront prises par l'autorité centrale risque de voir le jour³¹. D'une manière plus spécifique, le Projet de loi 11 prévoit simplement le droit pour un organisme agissant en adoption internationale dont l'agrément est

26. G. Castex, «Le rôle et la place de l'autorité centrale dans la Convention de La Haye du 29 mai 1993», dans Actes du colloque Louis Chatin, *L'adoption internationale*, *supra* note 8 à la p. 27.

27. Convention de La Haye, art. 15.

28. Convention de La Haye, art. 16.

29. Convention de La Haye, art. 11.

30. P.L. 11, *supra* note 6, arts. 71.16 et s. de la LPJ.

31. Le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure en vertu des règles générales du droit administratif peut toujours être mis en oeuvre lorsque les conditions sont rencontrées.

suspendu, révoqué ou non renouvelé par le Ministre, d'interjeter appel devant la Cour du Québec. La décision peut être renversée si les motifs de fait ou de droit invoqués sont manifestement erronés ou si la procédure est entachée de quelque irrégularité grave³². Cette mesure s'avère particulièrement importante dans un contexte où le pouvoir de contrôle du secrétariat à l'adoption internationale sur les organismes est imposant. Toutefois, une forme de contrôle est nécessaire puisque, dans les faits, plusieurs des responsabilités de l'autorité centrale seront exercées par les organismes agréés³³.

La protection de l'enfant adoptable constitue l'objectif premier de la Convention. Pour parvenir à cette fin, il importait de protéger l'enfant contre les risques de trafics, mais également de mettre en place une procédure garantissant la plus grande cohérence possible du statut international de l'adopté. Sous ce deuxième aspect, la conciliation de règles de l'adoption internationale s'avère toutefois imparfaite.

B. Une conciliation imparfaite des règles de l'adoption internationale

L'arrimage entre le droit interne et le droit étranger reste l'une des principales difficultés de l'adoption internationale. L'un des aspects les plus délicats est de déterminer la portée de la volonté des personnes ou des autorités habilitées à consentir à l'adoption au moment du prononcé de l'adoption dans le pays d'accueil (1) ainsi que la détermination de la valeur en droit interne d'une adoption prononcée à l'étranger (2).

32. P.L. 11, *supra* note 5, art. 22 créant l'article 71.26 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

33. Les organismes sont autorisés à mener, pour les adoptants domiciliés au Québec, les démarches d'adoption d'enfants domiciliés hors du Québec. P.L. 11, *supra* note 5, art. 71.16 de la LPJ.

1. Le consentement parental et le prononcé de l'adoption

La Convention de La Haye prévoit le recueil obligatoire d'un consentement donné dans les formes légales requises par les personnes dont le consentement est nécessaire en vertu de la loi applicable³⁴. La Convention étant une entente de coopération plutôt qu'une convention habituelle de droit international privé, il ne faut pas se surprendre qu'elle n'énonce aucune règle de conflit quant à la loi applicable en matière de consentement. L'identification des personnes dont le consentement est nécessaire relève de la loi du pays de résidence de l'enfant. Les personnes habilitées à donner leur consentement doivent le faire en connaissance de cause après avoir été dûment informées des conséquences qui en découlent, et plus particulièrement sur le maintien ou la rupture du lien de droit qui unit l'enfant à sa famille d'origine. Le consentement doit être libre, c'est-à-dire qu'il ne doit souffrir d'aucun vice de consentement au sens du droit des obligations. Finalement, le consentement ne doit pas être assorti d'aucune contrepartie.

Au plan de la forme, il n'est pas nécessaire que le consentement soit donné par écrit, notamment à cause de l'analphabétisme encore présent dans plusieurs pays d'origine, mais il doit être constaté par écrit pour en faciliter la preuve. Le consentement anténatal est interdit afin de s'assurer qu'il n'a pas été donné dans un moment de détresse ou de grand désarroi de la mère. En revanche, on peut déplorer que le texte ne prévoit pas l'obligation de respecter un certain délai de réflexion pour la mère entre la naissance et le recueil du consentement. Il est malheureux que l'existence d'un tel délai n'ait pas réussi à s'imposer à la communauté internationale car le principe vise à assurer le caractère libre et éclairé du consentement. C'est d'ailleurs la nécessité d'assurer la protection du consentement parental à l'adoption qui a conduit, pendant longtemps, les pays d'origine à réclamer la compétence exclusive pour prononcer l'adoption des enfants résidant sur leur territoire.

En effet, la loi applicable au prononcé de l'adoption est une question qui a toujours divisé les pays d'accueil et d'origine des enfants. Les pays d'accueil considèrent avantageux que l'adoption soit prononcée selon leurs

34. Convention de La Haye, art. 4c).

propres règles nationales, s'assurant ainsi que les effets du jugement seront ceux qui sont établis par la loi nationale des adoptants. En revanche, les pays d'origine étaient nombreux à exiger que l'adoption soit prononcée avant le départ de l'enfant, craignant justement que l'on donne à l'adoption des effets différents de ceux qui découlent de la loi nationale de l'adopté. Cette opposition traditionnelle explique le faible taux d'adhésion aux conventions antérieures sur l'adoption internationale. En effet, celles-ci ont été ratifiées soit par des pays d'accueil, soit par des pays d'origine, restreignant énormément la portée de ces différents instruments internationaux³⁵. La difficulté est liée notamment à la question du consentement parental à l'adoption. Dans les pays qui ne connaissent que l'adoption simple, le consentement est normalement donné en fonction de ce type d'adoption, c'est-à-dire que les parents croient que le lien de droit qui les unit à leur enfant ne sera pas rompu. Or, dans de nombreux pays d'accueil, dont le Québec, seule l'adoption plénière existe. Cette situation pose la question de la portée, en droit québécois, du consentement parental donné à l'étranger, entraînant des questionnements juridiques et éthiques sur le respect de la volonté des parents de rompre ou non le lien de filiation.

Lorsque le consentement parental a été donné dans un pays qui ne connaît que l'adoption simple ou, plus problématique encore, lorsqu'il a été donné dans un pays qui prohibe l'adoption³⁶, les tribunaux québécois sont-ils justifiés de prononcer l'adoption plénière? La jurisprudence n'est pas unanime à ce sujet³⁷. Toutefois, les juges sont placés dans une situation délicate. Soit qu'ils refusent de prononcer l'adoption et dans ce cas, l'enfant, qui vit déjà le plus souvent avec les adoptants, se retrouve avec un statut juridique incertain, ce qui n'est certes pas dans son meilleur intérêt; soit qu'ils prononcent l'adoption plénière au mépris du consentement parental qui ne peut, dans cette hypothèse, être considéré comme libre et éclairé. Sans parler du fait qu'une telle approche crée des conflits de souveraineté entre les pays d'origine et d'accueil des enfants.

35. C. Lavallée, *supra* note 3 à la p. 142 et s.

36. C'est le cas notamment de l'Algérie, du Maroc et d'autres pays d'obédience musulmane.

37. *Droit de la famille* - 2954, [1998] R.J.Q. 1317 (C.Q.); *Protection de la jeunesse* - 898, [1997] R.J.Q. 1806 (C.Q.); *Droit de la famille* - 1904, [1994] R.D.F. 167 (C.Q.); *Droit de la famille* - 1067, [1986] R.D.F. 609 (T.J.); *Droit de la famille* - 294, [1986] R.J.Q. 191 (T.J.).

Le Projet de loi 11 prévoit que le tribunal québécois a l'obligation, avant d'ordonner le placement de l'enfant, de s'assurer que les consentements requis ont été valablement donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation³⁸. Si le pays d'origine de l'enfant est signataire de la Convention, la preuve que les détenteurs du droit de consentir ont été dûment informés des effets du jugement d'adoption québécois sera plus facile. Toutefois, si le pays d'origine de l'enfant n'est pas signataire, l'adoptant sera-t-il en mesure de faire la preuve que le consentement donné à l'étranger l'a été en fonction d'une adoption plénière, bien que la loi nationale de l'enfant ne connaisse pas ce type d'adoption? Si le tribunal en vient à la conclusion que les conditions de validité du consentement ne sont pas rencontrées, quelles conséquences cela entraînera-t-il pour l'enfant qui aurait déjà été déplacé vers son pays d'accueil? Les exigences posées par le Projet de loi 11 vont restreindre le nombre d'adoptions d'enfants en provenance de pays qui ne connaissent que l'adoption simple. Si l'enfant a été abandonné et placé sous la tutelle d'un organisme public de protection de la jeunesse, on comprend mal comment cet organisme étatique pourrait donner un consentement en vue d'une adoption inconnue ou, pire, prohibée par sa propre loi nationale. Contrôler la réalité, la validité, la gratuité et surtout l'étendue du consentement parental continuera d'être un défi pour les tribunaux et cette difficulté va persister au moment de déterminer la portée, en droit québécois, d'une décision étrangère d'adoption.

2. *La valeur en droit québécois d'une décision étrangère d'adoption*

Le système de droit international privé québécois d'allocation des litiges en matière d'adoption internationale est relativement récent. La première intervention du législateur en ce sens remonte à 1979, et elle se limitait à étendre les règles de l'adoption québécoise à l'adoption internationale³⁹. Avant cette date, les adoptants se rendaient directement dans le pays d'origine, obtenaient un jugement ou une décision d'adoption sans qu'aucune disposition législative ne prévoie la portée de ces adoptions sur le droit québécois. Aucune indication n'était donnée quant à une possible extension des effets du jugement

38. P.L. 11, *supra* note 5, art. 15, modifiant l'article 568 C.c.Q.

39. *Loi modifiant la Loi de l'adoption*, L.Q. 1979 c. 17.

étranger aux effets produits par l'adoption québécoise, ni quant à la procédure à suivre. La première règle de conflit de loi en matière d'adoption internationale a été posée par la loi de 1983⁴⁰. Le tribunal appelé à reconnaître un jugement étranger d'adoption devait s'assurer que ce jugement avait eu pour effet de créer un lien de filiation sans que ne soit précisé si ce lien devait avoir eu pour conséquence la rupture du lien d'origine. On se rappellera que cette imprécision avait donné lieu à la célèbre affaire *Matton*⁴¹. En 1990, le texte a été modifié⁴² et repris, sous réserve d'un changement dans la forme seulement à l'article 574 du nouveau *Code civil du Québec*. Le texte actuel prévoit que «Le tribunal appelé à reconnaître un jugement d'adoption rendu hors du Québec s'assure que les règles concernant le consentement à l'adoption et à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées». La question de savoir si le consentement doit être donné en fonction d'un type particulier d'adoption ou s'il suffit que le tribunal constate l'existence d'un consentement sans s'attarder à ces effets n'est toujours pas réglée. La loi prévoit l'intervention obligatoire du tribunal lorsque l'adoption a été prononcée à l'étranger⁴³. Si la décision étrangère relève de l'ordre judiciaire, une simple reconnaissance par le tribunal québécois est nécessaire. Si la décision étrangère est plutôt d'ordre administratif, tout le processus de l'adoption doit être repris au Québec. La seule exception concerne les enfants domiciliés en République populaire de Chine dont les adoptions sont régies par une loi particulière⁴⁴.

Le Projet de loi 11 entraînera une modification de l'état du droit sur cette question. La Convention prévoit la reconnaissance de plein droit des adoptions certifiées conformes par l'autorité compétente de l'État où elles ont eu lieu dans les autres États signataires⁴⁵ et la loi québécoise devait forcément aller dans le même sens. Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, seules les décisions étrangères rendues dans des pays non signataires devront faire l'objet d'une

40. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives concernant l'adoption*, L.Q. 1983, c. 50.

41. *Droit de la famille* - 294, [1986] R.D.F. 351 (T.J.).

42. *Loi concernant l'adoption et modifiant le Code civil du Québec, la Loi sur la protection de la jeunesse, et le Code de procédure civile du Québec*, L.Q. 1990, c. 29, art. 4.

43. Art. 565 C.c.Q.

44. *Loi sur les adoptions d'enfants domiciliés en République populaire de Chine*, L.R.Q. c. A-7.01.

45. Convention de La Haye, art. 23.

reconnaissance⁴⁶ et cela peu importe qu'elles émanent de l'ordre judiciaire ou non. Les décisions administratives et judiciaires d'adoptions prononcées à l'étranger seront placées sur le même pied d'égalité. Cette mesure aura pour effet de simplifier le processus de l'adoption même pour des enfants en provenance de pays non signataires de la Convention. Les adoptions d'enfants en provenance de la République populaire de Chine continueront d'être régies par la loi particulière⁴⁷. Le Projet de loi 11 prévoit que la reconnaissance des décisions d'adoptions d'enfants originaires de pays qui ne connaissent que l'adoption simple pourra être prononcée par le tribunal à la condition que le consentement donné à l'étranger l'ait été en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien de filiation d'origine. Ainsi, lorsque l'adoption est réalisée en dehors du cadre de la Convention, la même difficulté continuera de se poser autant dans le cas de la reconnaissance d'une décision étrangère que dans le cas du prononcé de l'adoption par le tribunal québécois. Si l'adoption se réalise dans le cadre de la Convention, l'article 26c) prévoit que la reconnaissance de l'adoption comporte celle de la «rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa mère et son père, si l'adoption produit cet effet dans l'État contractant où elle a lieu». Ainsi, la reconnaissance d'une décision d'adoption simple prononcée dans un autre pays signataire sera dorénavant impossible.

Pour transformer une adoption simple en adoption plénière, il faudra avoir recours au mécanisme de conversion prévu à l'article 27 de la Convention. Cette disposition énonce qu'une adoption prononcée dans le pays d'origine qui n'a pas pour effet de rompre le lien préexistant de filiation peut être convertie en une adoption qui a cet effet si le pays d'accueil le permet et que les consentements requis ont été donnés en vue d'une telle adoption⁴⁸. Ainsi, un pays d'origine qui ne connaît pas l'adoption plénière pourrait tout de même permettre que les enfants résidant sur son territoire fassent l'objet d'une telle adoption dans leur pays d'accueil. Un État d'origine qui s'oppose à la conversion peut toujours mettre fin au processus en refusant que l'adoption se poursuive⁴⁹. Une fois la conversion réalisée, elle est reconnue de plein droit

46. P.L. 11, *supra* note 5, art. 14 modifiant l'article 565 du C.c.Q.

47. Si la République populaire de Chine adhérerait à la Convention, le maintien d'une loi particulière deviendrait inutile.

48. Convention de La Haye, art.27.

49. Convention de La Haye, art. 17c).

dans les autres pays signataires. Le Projet de loi 11 prévoit, conformément à la Convention, la possibilité de convertir une adoption simple étrangère en adoption plénière québécoise. En revanche, la procédure choisie soulève des questions. Le texte prévoit qu'il est du ressort du ministre de la Santé et des Services sociaux de vérifier la validité des consentements donnés à l'étranger et d'émettre le certificat de conformité de la décision étrangère⁵⁰. Or, la conversion de l'adoption simple en adoption plénière entraîne un changement dans la filiation de l'enfant, et cela constitue une modification de son état. Il est surprenant de voir confier au Ministre le pouvoir de modifier l'état des personnes par simple voie administrative. L'état des personnes est, dans notre système de droit civiliste, d'ordre public, incessible et indisponible et il revient traditionnellement aux tribunaux de statuer sur une telle modification. On comprend que l'objectif poursuivi était de se doter d'une procédure rapide et souple, mais le pouvoir accordé au Ministre apparaît exagéré et il aurait été sans doute plus prudent de laisser cette responsabilité à la Cour du Québec. Quoiqu'il en soit, le Projet de loi 11 constitue une avancée dans le droit québécois de l'adoption qui se trouvera désormais en conformité avec les textes internationaux.

Conclusion

La conciliation des effets de l'adoption constituait un défi de taille que nulle autre convention sur l'adoption n'avait encore réussi à relever. La Convention de La Haye pose une pierre importante dans la construction d'un statut international pour l'adopté qui passe forcément par une certaine homogénéité des effets de l'adoption et le Projet de loi 11 s'inscrit tout à fait dans cet objectif. Si le résultat n'est pas toujours parfait, il n'en demeure pas moins très important. Il fallait prendre en compte les préoccupations des pays d'origine et d'accueil des enfants dont les intérêts apparaissent souvent contradictoires tout en assurant à l'enfant en provenance de l'étranger et adopté par des Québécois les mêmes garanties et des normes équivalentes à celles qui existent en adoption interne.

50. P.L. 11, *supra* note 5, art. 9.

Toutefois, concilier des formes multiples et variées d'adoptions tout en assurant une certaine équivalence de leurs effets est une tâche pratiquement impossible. En effet, le droit québécois reste lacunaire en ce qui a trait à la mise en oeuvre d'alternatives à l'adoption plénière. Bien que ce type d'adoption constitue le mécanisme de protection le plus sûr pour un grand nombre d'enfants, l'adoption plénière ne constitue peut-être pas toujours la meilleure solution dans les cas d'adoptions d'enfants plus âgés, d'adoptions d'enfants du conjoint ou d'adoptions endofamiliales dans le cadre desquelles l'opportunité d'une rupture totale et définitive de tous les liens de droit avec la famille d'origine est de plus en plus remise en question. L'adoption simple est parfois présentée comme une solution de repli qui, tout en assurant la prise en charge totale et permanente de l'enfant par l'adoptant, laisse subsister la filiation d'origine de l'adopté. D'ailleurs, l'étude d'un environnement législatif plus large démontre que plusieurs pays qui ne connaissaient que l'adoption plénière ont modifié leur loi pour créer des alternatives à cette institution. C'est le cas de l'Allemagne qui a créé une forme hybride d'adoption entremêlant des caractéristiques de l'adoption plénière et de l'adoption simple⁵¹ ainsi que de l'Angleterre qui vient de créer une forme nouvelle de placement appelée «special guardianship orders» reconnaissant ainsi que l'adoption plénière n'est pas toujours appropriée même pour l'enfant qui ne peut pas être repris en charge par ses parents par le sang⁵². Le droit comparé permet de constater la richesse des possibilités qui peuvent être envisagées. Le temps est venu pour le législateur québécois d'approfondir la réflexion sur cette question. La mise en place d'une forme alternative d'adoption constituerait un moyen supplémentaire en vue d'assurer une meilleure conciliation des effets de l'adoption internationale.

51. I. Lammerant, *supra* note 2 à la p. 274.

52. C. Bridge et H. Swindells, *Adoption - The modern law*, Bristol, Family Law, 2003 à la p. 131.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE CHAMP DE L'ADOPTION, SES ACTEURS ET SES ENJEUX

Auteur(s) : Françoise-Romaine OUELLETTE

Revue : RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : 375-405

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11941>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11941>

Page vide laissée intentionnellement.

LE CHAMP DE L'ADOPTION, SES ACTEURS ET SES ENJEUX

par Françoise-Romaine OUELLETTE*

SOMMAIRE

Le champ social de l'adoption	377
La durée du processus légal et administratif	380
Le temps du développement de l'enfant	386
<i>L'adoption, un projet de vie : les adoptions en «banque mixte»</i>	387
<i>La reconnaissance des défis que rencontrent les familles d'un enfant adopté à l'étranger</i>	390
Le temps de la transmission	392
<i>La valorisation de la culture d'origine des enfants adoptés à l'étranger</i>	393
<i>Les remises en question de l'adoption fermée</i>	395
<i>La conservation des dossiers d'adoption et l'accès aux origines pour les adoptés internationaux</i>	399
Conclusion	402

*, Professeure-chercheure, INRS Urbanisation, Culture et Société (Québec).

L'adoption moderne touche à des questions de filiation, de famille et de protection de l'enfant, mais aussi de santé, de politique sociale et de relations internationales. Elle constitue donc une réalité complexe que chaque regard disciplinaire ne peut que partiellement appréhender et qui doit pouvoir bénéficier de multiples éclairages. Le présent article propose une analyse socioanthropologique de l'évolution des pratiques québécoises dans ce domaine depuis les années 1980 afin d'en cerner les principaux enjeux sociaux¹.

Un enjeu social, c'est une valeur matérielle ou symbolique suscitant des luttes de pouvoir ou d'influence au sein d'une collectivité. Les enjeux sociaux reliés à l'adoption sont nombreux. Sans chercher à les recenser tous ou à les hiérarchiser, cet article vise à mettre en lumière ceux qui concernent la répartition des pouvoirs, des droits et des responsabilités entre les principaux acteurs sociaux concernés : les instances étatiques, les intervenants socio-sanitaires, les intermédiaires privés en adoption internationale, les adoptants, les parents d'origine et les enfants adoptés. Il propose comme fil conducteur de l'analyse trois temporalités de l'adoption qui ont eu un impact structurant sur son histoire récente : d'abord, la durée du processus administratif et juridique, puis le temps du développement de l'enfant et, enfin, celui de la transmission à l'enfant des repères de son identité. Au préalable, la notion de champ est mise au travail pour délimiter brièvement le cadre d'analyse utilisé.

Le champ social de l'adoption

Les acteurs sociaux directement concernés par l'adoption ne se limitent pas à ceux que met en évidence l'image habituellement proposée du triangle adoptif, i.e. les parents biologiques, les parents adoptifs et l'enfant adopté. En effet, plusieurs autres professionnels et organisations peuvent en être aussi parties prenantes, notamment le Directeur de la protection de la jeunesse (DPJ) et ses représentants, qui interviennent dans toutes les adoptions québécoises résultant d'un consentement général à l'adoption et dans une large proportion des adoptions internationales; le Secrétariat à l'adoption internationale (SAI) qui, au nom du Ministre de la santé et des services sociaux, coordonne les

1. Voir aussi F.-R. Ouellette, *L'adoption. Les acteurs et les enjeux autour de l'enfant*, Québec, IQRC/PUL, 1996. Je prolonge ici certaines analyses présentées dans cet ouvrage.

actions en matière d'adoption transfrontière; les organismes bénévoles agréés par le Ministre qui agissent comme intermédiaires entre les adoptants et les autorités des pays d'origine des enfants adoptés à l'étranger; les associations d'adoptants et de parents adoptifs; les divers professionnels qui font l'évaluation ou le suivi médical ou psychosocial des familles concernées ou qui travaillent à l'élaboration et à l'application des lois, politiques et programmes relatifs à l'adoption.

Au-delà de leurs spécificités et de leurs divergences, tous ces acteurs ont en commun de participer à un effort collectif pour influencer la manière dont l'adoption est utilisée en réponse aux besoins des enfants abandonnés. Ils investissent chacun du temps, de l'énergie et des ressources (matérielles, financières, sociales, intellectuelles, symboliques...) pour faire valoir leurs intérêts particuliers ou leur vision de ce qu'est et devrait être l'adoption. Ils ont toutefois des capacités d'influence très différentes les uns des autres. Ainsi, les représentants des autorités gouvernementales ont une mission publique de protection de l'enfant qui les autorise à imposer des limites et des contraintes aux autres acteurs et à définir les normes que doivent respecter leurs actions. Les organismes intermédiaires d'adoption internationale n'ont de légitimité qu'en autant qu'ils sont agréés par les autorités mais, grâce à leurs contacts avec les pays étrangers donneurs d'enfants, ils contrôlent eux-mêmes l'une des principales clefs d'accès à des enfants adoptables. Pour leur part, les psychologues et travailleurs sociaux qui font l'évaluation psychosociale des candidats à l'adoption ont un rôle limité, mais qui leur confère le pouvoir de permettre ou, au contraire, de refuser la réalisation des projets soumis à leur expertise. Quant aux candidats à l'adoption, ils ont l'avantage du nombre et suscitent la sympathie, mais leurs capacités d'influence auprès des autorités et des experts sont limitées du fait qu'ils agissent en tant que personnes privées et en fonction de motivations très personnelles. Tous ces acteurs de l'adoption doivent accorder la primauté à l'intérêt de l'enfant et collaborer en ce sens, à défaut de quoi ils ne sauraient être reconnus comme pouvant légitimement intervenir en adoption. Néanmoins, à d'autres égards, il leur arrive de diverger ou de s'affronter, car chacun poursuit aussi ses propres intérêts et ses propres valeurs.

Appliquée à l'analyse de cette dynamique sociale, la notion de champ favorisera ici le repérage des enjeux autour desquels se concentrent les investissements de ces différents acteurs. Cette notion sociologique² fonctionne sur la base d'une métaphore associant un secteur de la vie sociale à la fois à un champ de forces (de fusion et de fission) et de luttes, dont la structure particulière s'autonomise progressivement, puis se transforme ou se maintient en fonction des alliances, compétitions et affrontements qui s'y produisent. Les agents ou acteurs sociaux mobilisés autour des enjeux propres à un champ (scientifique, religieux, artistique, sportif...) y occupent des positions différentes, selon les ressources dont ils sont dotés et qu'ils peuvent y investir pour préserver cette position ou tenter de l'améliorer. Ce sont habituellement les plus anciens et ceux qui sont dotés des ressources les plus importantes qui occupent les positions dominantes dans un champ donné et qui en dictent les règles du jeu, étant en meilleur contrôle de ses enjeux les plus centraux. Par contre, des participants plus marginaux et des nouveaux venus mobilisés par d'autres intérêts sont toujours susceptibles d'introduire dans un champ de nouvelles alliances et de nouvelles compétitions qui viennent modifier l'équilibre des forces et provoquer des changements de position.

L'espace social structuré autour de la problématique de l'adoption est devenu à ce point animé d'une dynamique qui lui est propre qu'il est maintenant justifié, d'un point de vue sociologique, de le traiter comme un champ de pratiques sociales distinct du champ des services sociaux et du champ familial³ qui lui sont connexes. Il a maintenant, en effet, son histoire particulière et ses agents spécialisés. Les enjeux qu'il recèle s'articulent, notamment, aux trois temporalités de l'adoption envisagées ici. En premier lieu, la durée du processus légal et administratif en adoption internationale a constitué l'élément déclencheur des luttes à partir desquelles ce champ s'est formé. Puis, le temps du développement de l'enfant est graduellement devenu une préoccupation qui a réorienté les pratiques des services étatiques d'adoption et de protection de la jeunesse et qui a suscité l'apparition de nouveaux acteurs en adoption

-
2. Sur le concept de champ, voir P. Bourdieu, *Questions de sociologie*, Paris, Éditions de Minuit, 1980 aux pp. 113-120; J. Rémy, L. Voyé et É. Servais, *Produire ou reproduire. Une sociologie de la vie quotidienne*, Tome 1, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1991.
 3. R. Dandurand et F.-R. Ouellette, «Famille, État et structuration d'un champ familial» (1995) 27:2 *Sociologie et Sociétés* 103.

internationale. Enfin, le temps de la transmission généalogique des repères de l'identité a récemment suscité de nouveaux investissements, en même temps que commençait à se discuter plus ouvertement la situation particulière des enfants adoptés et la spécificité des parentés adoptives.

La durée du processus légal et administratif

L'adoption légale d'un enfant n'intervient qu'au terme d'un processus administratif, psychosocial et judiciaire qui peut s'étaler sur plusieurs mois, ou même sur plusieurs années. Étant motivés par un désir d'enfant souvent ressenti comme urgent, les candidats à l'adoption ont tout intérêt à ce que ce processus soit complété le plus rapidement possible. Toutefois, leur position de dépendance par rapport aux intervenants sociaux et aux organismes qui en contrôlent certaines étapes (évaluation psychosociale, recherche et transmission d'une proposition d'enfant, approbation des démarches à l'étranger...) limite grandement leurs capacités de prendre eux-mêmes des initiatives pour réduire les nombreux obstacles ou délais qu'ils peuvent rencontrer en cours de route. De plus, leurs interlocuteurs des milieux institutionnels peuvent percevoir leurs tentatives pour contourner les contraintes qui leur sont imposées comme un glissement vers la recherche d'un enfant à tout prix, sinon vers l'illégalité. Au sentiment d'urgence des adoptants, ils opposeront toujours des impératifs de protection de l'enfant et de ses droits, ainsi que des exigences de conformité aux lois et aux normes régissant leurs pratiques.

Cette source de tension a été l'un des principaux déclencheurs de la structuration du champ québécois de l'adoption tel que nous le connaissons aujourd'hui. En effet, à la fin des années 1980, une lutte importante a été menée pour modifier certains aspects du processus d'adoption internationale, dont la durée très longue, sinon parfois interminable, était devenue un irritant majeur pour les adoptants. Elle a porté sur le principal enjeu qui traverse tous les débats sur l'adoption : l'équilibre à rechercher entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les intérêts privés des adoptants. Cet enjeu est étroitement lié à des enjeux de protection de l'enfance et de respect des droits individuels, mais aussi à celui de déterminer s'il convient ou non de favoriser une meilleure fluidité des transferts internationaux d'enfants pour répondre aux demandes pressantes des individus et des couples désireux de devenir parents par adoption. Les paragraphes qui

suivent retracent brièvement ces circonstances d'émergence d'un champ relativement autonome sur la base de ces enjeux.

Au Québec, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (LPJ) en 1979, les interventions publiques de protection des enfants relèvent dans chaque région administrative d'un directeur de la protection de la jeunesse (DPJ). Ce dernier est seul autorisé à recueillir un consentement à l'adoption, à évaluer et choisir des candidats à l'adoption et à placer chez eux un enfant devenu adoptable (sauf en cas d'adoption découlant d'un consentement spécial en faveur d'un proche parent)⁴. En adoption internationale, cette responsabilité exclusive est forcément réduite à l'évaluation psychosociale des adoptants et au suivi de l'intégration de l'enfant une fois qu'il est déjà entré au pays, car ce sont les autorités des pays étrangers qui procèdent à son placement. De plus, l'établissement et le maintien de contacts avec ces autorités découlent habituellement d'initiatives privées sans lesquelles les adoptants québécois n'auraient pas accès à l'adoption internationale. Ainsi, d'autres acteurs exercent des responsabilités (préparation des adoptants, présentation de propositions d'enfants, vérification des procédures légales...) qui sont réservées aux seuls représentants gouvernementaux lorsqu'il s'agit d'adoption d'enfants québécois. Au Québec, ces acteurs privés sont apparus dès le début des années 1970 quand les premières adoptions internationales ont commencé. Leur rôle n'a cependant été clairement balisé qu'après une période relativement longue de réajustements faisant suite à l'entrée en vigueur de la LPJ et à la hausse des demandes d'adoption internationale survenue au cours des années 1980.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (LPJ) en 1979, le rôle de l'administration gouvernementale québécoise en adoption internationale s'était limité à approuver l'entrée des enfants au Québec avant que soit émis un visa canadien d'immigration et, au besoin, à faire les évaluations psychosociales que certains pays d'origine réclamaient (jusqu'à cette date, les adoptants n'étaient pas tous évalués). Les quelques associations

4. Ailleurs au Canada et aux États-Unis, la réglementation est habituellement moins stricte: des placements peuvent souvent être organisés entre des particuliers ou par des agences privées avant de recevoir la sanction des autorités. En France, le placement direct d'un enfant par ses parents est autorisé si l'enfant est âgé de plus de deux ans.

qui aidaient bénévolement les adoptants à accomplir leurs démarches à l'étranger oeuvraient dans un relatif vacuum de règles et elles étaient habituées de gérer chacune à sa manière et de façon plutôt informelle les demandes d'aide qui leur étaient adressées. Avec l'entrée en vigueur de la LPJ, un encadrement plus rigoureux s'imposait. Un Secrétariat à l'adoption a ainsi été créé en 1980. En 1982, il est devenu le *Secrétariat à l'adoption internationale* (SAI), avec le mandat d'assurer la surveillance et la coordination des actions en matière d'adoption transfrontière.

Dès ses débuts, le SAI a privilégié une approche legaliste et de contrôle qui a réduit considérablement la marge d'initiative et d'autonomie dont avaient bénéficié jusque-là les adoptants individuels et les organisations bénévoles qu'ils avaient formées. Ces dernières demandaient que le SAI fasse la promotion de l'adoption internationale et non qu'il freine leurs actions. Elles s'opposèrent aux règles du jeu qu'il tentait d'imposer, réclamant plus d'autonomie ou, à tout le moins, un rôle de partenaires. Leurs principaux motifs de contestation concernaient : l'allongement des listes d'attente dans les centres de services sociaux (CSS) pour l'évaluation psychosociale obligatoire - elles étaient devenues longues de quatre ou cinq ans, parfois plus, parce que les ressources allouées étaient insuffisantes ; la tendance à transformer l'évaluation des capacités parentales en examen ou en obligation de réaliser un processus de croissance personnelle; les restrictions à l'action des organismes bénévoles qui avaient des contacts avec des orphelinats à l'étranger et une expertise que ni le SAI, ni les CSS ne détenaient ; les difficultés de faire reconnaître par le tribunal québécois certaines adoptions prononcées à l'étranger qui n'avaient pas les mêmes effets juridiques que notre adoption plénière, laquelle rompt définitivement les liens familiaux d'origine de l'enfant.

Les tensions se sont fortement accentuées à partir de 1986 quand fut votée une loi restreignant l'adoption internationale aux seuls pays où l'adoption était plénière. Puis, l'année suivante, un autre projet de loi provoqua encore de vifs débats en commission parlementaire⁵; il fut finalement modifié pour permettre la conversion en adoption plénière des adoptions simples prononcées

5. C'est l'époque où fut temporairement actif un Regroupement des organismes et associations des parents en adoption internationale (ROAPAI).

à l'étranger et autoriser les organismes intermédiaires à agir en tant que mandataires du ministre dans la réalisation de projets d'adoption. Néanmoins, les tensions ne se relâchèrent pas. D'une part, certaines pratiques douteuses et l'éclatement de quelques scandales incitaient les responsables gouvernementaux à la plus grande prudence dans la libéralisation des exigences légales et administratives qu'ils venaient de mettre en place. D'autre part, le jeu conjugué des contraintes législatives, administratives et budgétaires freinait les initiatives individuelles et enlevait toute souplesse à l'action des organismes agréés. Le SAI contrôlait les contacts avec les pays d'origine, mais ne suscitait qu'un faible nombre de propositions d'enfants comparativement à ce qu'auraient pu accomplir certains organismes. Certains adoptants recevaient des propositions de l'étranger suite à des contacts directs ou par l'intermédiaire d'un organisme agréé, mais ils ne pouvaient les accepter parce qu'ils étaient toujours sur une liste d'attente pour une évaluation psychosociale; on évaluait alors à 1500 le nombre de demandes d'adoption internationale laissées en attente dans les CSS.

À partir de 1988, certains assouplissements ont informellement été accordés par la partie gouvernementale. Le SAI a donné son approbation a posteriori à certaines adoptions réalisées par une personne privée ou un organisme. De plus, quelques CSS ont accepté de déléguer leur tâche d'évaluation à des professionnels de pratique privée lorsque des adoptants inscrits sur leur liste d'attente recevaient une proposition d'enfant. Enfin, la Ministre de la Santé et des Services sociaux a formé, en 1989, un comité consultatif réunissant le SAI et des représentants des CSS, mais aussi des représentants d'associations d'adoptants et d'organismes agréés d'adoption internationale. Les recommandations formulées par ce comité influencèrent la rédaction d'une nouvelle loi qui apaisa enfin les tensions.

La Loi concernant l'adoption et modifiant le Code civil du Québec, le Code de procédure civile et la Loi de la protection de la jeunesse est entrée en vigueur le 24 septembre 1990⁶. Elle a déclenché une relance accélérée des

6. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, les dispositions du Code civil du Québec qu'elle a modifiées quant à l'adoption d'un enfant domicilié hors Québec étaient les suivantes:
– toute personne domiciliée au Québec qui veut adopter un enfant domicilié hors Québec doit d'abord présenter sa demande au directeur de la protection de la jeunesse en s'inscrivant auprès du centre de services sociaux (CSS) de sa région;

adoptions internationales, en apportant les accommodements nécessaires à la réduction des listes d'attente pour une évaluation et des délais dans l'accomplissement des démarches à l'étranger. En effet, elle a favorisé l'adoption par l'intermédiaire des organismes agréés et clarifier le rôle et les responsabilités de ces derniers; elle a aussi autorisé l'adoption par contact privé, c'est-à-dire sans recourir à l'intermédiaire du SAI ou d'un organisme⁷. Elle a également permis aux professionnels en pratique privée membres de l'Ordre des travailleurs sociaux ou de l'Ordre des psychologues du Québec de faire l'évaluation des candidats à l'adoption (à leurs frais) sur la base de critères uniformes et communiqués aux adoptants.

En somme, après plusieurs années de pressions, les groupes d'adoptants et les organismes agréés ont réussi à obtenir de l'appareil gouvernemental et du législateur qu'ils leur concèdent une plus grande autonomie et allègent certaines contraintes. Cela représentait un changement majeur d'orientation : il n'était plus question de promouvoir une stricte logique de médiation par l'État protecteur de l'enfant, comme dans l'adoption québécoise, mais au contraire d'encadrer les initiatives privées de manière relativement souple. L'enjeu de l'intérêt de l'enfant se trouvait ainsi envisagé dans une perspective large englobant la prise en considération des intérêts des futurs parents adoptifs, notamment leur intérêt à des procédures plus rapides et à une plus grande fluidité des échanges avec les pays donneurs d'enfants. Il en a résulté l'entrée en scène de plusieurs nouveaux acteurs dans le champ de l'adoption : de nouveaux organismes agréés qui se sont rapidement mis sur pied (leur nombre est passé de quatre à seize, en cinq ans); plusieurs dizaines d'évaluateurs en pratique privée et ... plusieurs centaines de nouveaux adoptants. Depuis 1990, quelque huit cents enfants étrangers sont adoptés chaque année par des Québécois, alors que moins de 2000 enfants l'avaient été au cours des vingt

-
- elle doit également être évaluée par un travailleur social du CSS;
 - elle ne doit procéder que par l'entremise du ministre de la Santé et des Services sociaux ou d'un organisme agréé par ce ministère;
 - le projet d'adoption doit être approuvé par le Tribunal de la jeunesse avant que l'adoption à l'étranger ne soit réalisé; et enfin,
 - une fois l'enfant arrivé au Québec, le Tribunal de la jeunesse reconnaît le jugement d'adoption prononcé à l'étranger.

7. Ils n'ont plus alors à demander au tribunal une approbation au préalable de leur projet d'adoption et doivent seulement faire vérifier si la procédure suivie est régulière.

années précédentes. La durée de l'attente pour une proposition d'enfant peut varier beaucoup, selon le pays où l'on adopte et l'intermédiaire auquel on s'adresse, mais la majorité des adoptions internationales se font maintenant assez rapidement (bien qu'à des coûts plus élevés).

Le choix du législateur québécois d'autoriser l'adoption internationale par contacts privés n'a pas été sans soulever des inquiétudes et des critiques. Il a redonné aux adoptants la marge d'autonomie qu'ils réclamaient à peu près dans le même temps que la communauté internationale faisait consensus autour de la *Convention internationale de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (CLH) signée le 29 mai 1993. Or, ce mécanisme international de régulation des adoptions internationales vise à renforcer le contrôle et la surveillance par les autorités étatiques, afin de protéger les droits et intérêts des enfants. Sans interdire complètement les adoptions indépendantes, il privilégie nettement le recours aux seuls organismes agréés. Le consensus établi autour de cette convention par plus d'une soixantaine de pays a obligé ceux qui favorisaient une approche plus libérale à nuancer leurs positions, à raffiner leur analyse des enjeux. Il a incité à réintroduire au Québec certaines limitations qui venaient tout juste d'être levées en réponse aux pressions du milieu.

Bien que le Québec respecte déjà, en pratique, les principaux principes de la CLH, il a fallu attendre dix ans avant qu'une loi vienne en assurer l'application en apportant les modifications nécessaires à la LPJ, au Code de procédure civile et au Code civil. Votée en 2004, cette loi devrait entrer en vigueur dans les prochains mois. L'une de ses principales dispositions impose maintenant à tous les adoptants de recourir à un organisme intermédiaire agréé, sauf dans certains cas exceptionnels qui feront l'objet d'un décret ministériel (les adoptions intrafamiliales, notamment). Cette nouvelle interdiction des adoptions indépendantes n'a que peu soulevé de protestations, car depuis quelques années la grande majorité des adoptants préfèrent s'adresser aux organismes agréés, lesquels fonctionnent moins qu'auparavant dans une perspective militante et se professionnalisent rapidement. De plus, les associations de parents adoptifs se préoccupent maintenant davantage d'enjeux reliés à l'adaptation des enfants et à l'accès à des services en post-adoption.

Maintenant que les candidats à l'adoption internationale ne rencontrent pas d'obstacles majeurs à la réalisation de leur projet, la fluidité des transferts d'enfants en provenance de l'étranger demeure un enjeu important, même s'il est moins visible sur la place publique. Cette fluidité est essentielle à la survie des organismes agréés dont plusieurs s'efforcent de diversifier leurs contacts et d'élargir leur action à plus d'un pays. Elle est aussi une préoccupation maintenant portée par le SAI lui-même, qui doit anticiper la création d'ententes avec de nouveaux pays (en Afrique ou en Amérique latine, par exemple), compte tenu des besoins en aide humanitaire, mais aussi de la fermeture possible de certains pays d'origine (comme la Roumaine, récemment) et des pressions des adoptants québécois (incluant maintenant les couples homosexuels). Une réflexion collective sur la responsabilité des États d'accueil à l'égard de l'adoption internationale serait donc toujours pertinente. Jusqu'à quel point contribue-t-on par l'adoption internationale à freiner la recherche de solutions dans les pays d'origine? Privilégie-t-on réellement l'adoption des enfants qui sont les moins susceptibles d'être adéquatement pris en charge dans leur pays (les enfants plus grands ou handicapés, par exemple) ? Serait-il moralement défendable de développer plus largement l'adoption internationale afin d'accentuer son apport démographique?

Des gains importants ont été faits dans les dix dernières années en termes de standardisation des pratiques d'adoption internationale, de légalité et de contrôle. Par contre, il semble en découler un effet de banalisation. Un autre enjeu qui émerge est donc de maintenir ouvert un questionnement éthique qui aille au-delà des principes du droit et puisse renouveler de façon continue notre réflexion sur les limites du bon, du juste et du souhaitable en cette matière.

Le temps du développement de l'enfant

En procurant une nouvelle famille à des enfants privés de parents, l'adoption vient soutenir leur parcours vers l'âge adulte. En ce sens, elle contribue à leur développement et peut en réparer certains retards. L'attention portée par les experts du domaine socio-sanitaire à cette dimension temporelle de l'adoption a été un facteur déterminant de transformation des interventions québécoises en protection de la jeunesse, qui visent maintenant à rendre adoptables les enfants placés en famille d'accueil de façon prolongée. En

adoption internationale, elle a également introduit de nouvelles perspectives d'intervention auprès des familles adoptives en soulignant les défis particuliers que ces dernières doivent relever.

L'adoption, un projet de vie : les adoptions en «banque mixte»

Médecins, psychologues et éducateurs connaissent depuis longtemps l'importance d'un milieu familial stable et sécurisant capable d'apporter à l'enfant les soins, l'affection et l'éducation correspondant à ses besoins. C'est pourquoi ils préconisent une intervention la plus précoce possible en faveur des enfants victimes d'abandon, de négligence ou d'abus. Un placement peut alors être préférable à un maintien dans la famille d'origine et cette séparation peut même avoir une valeur thérapeutique. Néanmoins, les ruptures et les discontinuités souvent vécues par les enfants placés à répétition ou de façon prolongée ont des effets néfastes qui se répercutent sur leurs expériences relationnelles subséquentes et sont parfois difficilement récupérables⁸. En tenant compte de ces considérations scientifiques et cliniques, le principe de planifier un placement permanent pour chaque enfant ayant été retiré à la garde de ses parents a été défendu dans les milieux de protection de l'enfance nord-américains dès les années 1970. Au Québec, cette approche a commencé à avoir un impact sur les pratiques professionnelles vers la fin des années 1980, alors que les services d'adoption n'avaient plus que rarement à prendre en charge des nourrissons abandonnés dès la naissance et devaient revoir leur mission au sein de la structure de services en protection de la jeunesse.

En 1994, le Ministère québécois de la santé et des services sociaux a fait de la planification de la permanence une ligne directrice de son cadre de référence en adoption intitulé *L'adoption. Un projet de vie*⁹. Depuis lors, les Centres jeunesse du Québec sont tenus de clarifier le «projet de vie» de chaque

8. Voir, par exemple, P. Steinhauer, *Le moindre mal. La question du placement de l'enfant*, Presses de l'Université de Montréal, 1996; M. Berger, *Les séparations à but thérapeutique*, Paris, Dunod, 1997.

9. Ministère de la Santé et des Services sociaux, *L'adoption un projet de vie*, Direction de l'adaptation sociale, Québec, 1994.

enfant placé¹⁰. Quand l'analyse clinique de sa situation indique qu'une réinsertion familiale est peu probable ou souhaitable, un autre projet de vie doit être élaboré. Le projet de vie privilégié est toutefois l'adoption : elle crée un lien permanent et elle transfère aux nouveaux parents l'entière responsabilité de l'enfant, permettant à l'État de se désengager. Le placement à long terme dans une famille d'accueil ou chez des proches (parenté, voisinage) semble perçu comme un pis aller et ne sera retenu que si l'enfant déjà grand s'oppose à l'adoption, si aucune famille adoptive adéquate n'est disponible ou si les conditions légales qui permettraient l'adoption ne peuvent être réunies. En effet, c'est tout autant une permanence légale qui est recherchée qu'une permanence sur le plan socio-affectif, malgré les mises en garde de certains spécialistes contre une telle approche¹¹ qui, en période de restrictions budgétaires, tend à miser sur l'adoption pour dégager les services sociaux de leurs obligations d'apporter aide et assistances aux parents en difficulté, au risque que l'intérêt de l'enfant ne soit pas consciencieusement évalué dans toutes ses dimensions.

Mis à part ceux qui ont été placés très précocement dans un milieu stable et adéquat, les enfants concernés ont souvent vécu des expériences traumatisantes et ont parfois des troubles de l'attachement ou des problèmes de santé qui peuvent compromettre leur adaptation à leur nouveau foyer. De plus, leurs parents refusent souvent de consentir à l'adoption et l'obtention par les professionnels des Centres jeunesse d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption peut prendre parfois plusieurs années. Afin de stabiliser quand même ces enfants le plus rapidement possible, des candidats à l'adoption sont invités à jouer auprès d'eux le rôle de famille d'accueil en attendant qu'ils deviennent légalement adoptables. Ils sont recrutés dans le cadre d'un programme appelé «banque mixte» parce qu'il a permis de constituer une banque de candidats ayant été évalués et accrédités par leur Centre jeunesse à la fois en tant que familles d'accueil et en tant qu'adoptants potentiels¹². Ces

10. *Ibid.*; M. La Rochelle et M.-C. Godin, «Clarification de projet de vie» dans M. Simard, dir., *Maintien des liens familiaux et placement d'enfants*, Québec, CRSC, 1997; L. Noël, L. Lavoie et G. Rochon, *La réalité des postulants et des parents du programme Banque-mixte*, Montréal, Service adoption, Centres jeunesse de Montréal, 2000.

11. Steinhauer, *supra* note 8.

12. ACJQ (Association des Centres jeunesse du Québec), *Guide de pratique en matière d'adoption d'un enfant domicilié au Québec*, Montréal, 1999 à la p. 8.

candidats acceptent un certain risque que le projet d'adoption de l'enfant placé chez eux échoue, car il peut arriver que ses parents parviennent à en récupérer la garde ou que le juge refuse de le déclarer admissible à l'adoption.

L'adoption en banque mixte vise l'harmonisation de deux projets singuliers : le projet de vie élaboré pour un enfant placé et le projet parental des candidats à l'adoption¹³. Dans la majorité des cas, l'enfant est finalement adopté légalement. En ce sens, les programmes d'adoption en «banque mixte» sont un succès. Néanmoins, ils provoquent des situations chargées d'ambiguïtés, d'incertitudes et d'inconfort, ce qui justifie les résistances qu'ils suscitent de la part de certaines familles d'accueil, mais aussi de la part de certains professionnels du droit, du travail social ou de la santé mentale.

Dans leurs efforts de promotion de la banque mixte, les Centres jeunesse insistent sur l'urgence de trouver des familles pour les enfants dont ils s'occupent. Ce message véhicule implicitement la promesse de confier très rapidement un enfant à ceux qui accepteront de s'inscrire dans ce programme. Trop heureux d'apprendre que leur désir d'enfant pourra être comblé rapidement, les candidats recrutés sont alors peu réceptifs aux mises en garde qui leur soulignent les risques et les difficultés auxquels ils s'exposent. Bien qu'ils aient été prévenus, la plupart sont donc mal préparés à mettre ensuite en veilleuse leur désir d'adoption tant que l'enfant n'est pas encore légalement adoptable (ce qui peut prendre plusieurs années, ou ne jamais se produire) et à l'élever sous étroite surveillance sans jouir d'aucune reconnaissance formelle de leur engagement affectif. Ils sous-estiment aussi les difficultés que représente l'accueil d'un enfant déjà grand, d'un enfant lourdement perturbé ou d'une fratrie, ainsi que l'impact possible d'un échec du projet d'adoption sur leur vie personnelle et conjugale.

13. Une recherche en cours réalisée en collaboration avec Dominique Goubau auprès de trois Centres jeunesse du Québec a permis d'étudier les modalités de cette rencontre. Cette recherche intitulée «La transition vers l'adoption d'enfants placés en famille d'accueil : le modèle québécois de la banque mixte» a été subventionnée par le Fonds québécois de recherche sur la société et la culture. Voir F.-R. Ouellette, C. Méthot et J. Paquette, «L'adoption, projet parental et projet de vie pour l'enfant. L'exemple de la "banque mixte" au Québec» (2003) 107 Informations sociales 66.

Les programmes «banque mixte» représentent une innovation importante dans le champ de l'adoption. Ils imposent la perspective d'un continuum d'intervention entre placement et adoption qui rompt avec la représentation traditionnelle assimilant l'adoption à une nouvelle naissance. De plus, ils exposent les adoptants à l'exercice d'une parentalité partagée : avec les parents d'origine qui conservent l'autorité parentale tant que leur enfant n'est que placé et avec les services de protection de la jeunesse qui assument formellement la garde de cet enfant. Ils s'écartent encore ainsi de l'adoption traditionnelle fermée qui n'autorise aucune forme de partage, ni même de contact entre parents biologiques et adoptifs. Néanmoins, faute d'un régime d'adoption légale qui autoriserait le maintien de la filiation d'origine, l'adoption en banque mixte finit toujours par reproduire la norme d'une famille aux frontières étanches qui n'autorise pas la coexistence de plusieurs références parentales. Pourtant, certains enfants déjà grands placés en banque mixte pourraient bénéficier d'une forme de placement qui transférerait l'autorité parentale aux parents d'accueil sans pour autant les exclure légalement et définitivement de leur famille d'origine. Certains parents biologiques consentiraient à une adoption qui ne ferait pas définitivement d'eux des étrangers pour leur enfant. De plus, certaines familles d'accueil accepteraient que leur enfant adopté ne perde pas une affiliation sociale et symbolique qu'ils considèrent importante pour son équilibre.

Dans ce contexte, l'un des enjeux émergeant en adoption est l'articulation des perspectives cliniques, juridiques et anthropologiques afin de mener une réflexion critique en profondeur sur l'usage actuel de l'adoption comme mesure de placement imposant inévitablement la rupture des liens antérieurs de l'enfant, sans égard à la diversité des situations.

La reconnaissance des défis que rencontrent les familles d'un enfant adopté à l'étranger

Les programmes «banque mixte» véhiculent une approche de l'adoption que l'on pourrait qualifier de curative, centrée sur l'enfant et appliquée par des professionnels en position d'autorité sur les parents biologiques et adoptifs. Cependant, d'autres initiatives professionnelles récentes, animées par de semblables préoccupations scientifiques et cliniques, ont plutôt la particularité

de s'inscrire dans une approche de prévention et de soutien centrée cette fois sur les familles. Elles consistent en pratiques d'accompagnement, de consultation et de formation auprès des parents adoptifs et de leurs enfants adoptés à l'étranger, surtout en phase de post-adoption. Elles marquent l'entrée en scène de nouveaux acteurs dans le champ de l'adoption, qui s'appuient sur leur expertise en santé (pédiatrie, santé mentale), en travail social ou en psychologie. Ils offrent des services directs aux adoptants, en CLSC, en milieu hospitalier, en clinique privée ou dans le cadre de rencontres organisées par des organismes agréés ou par des associations d'adoption¹⁴. Certains sont très médiatisés et leur popularité en fait des acteurs influents auprès des adoptants, des associations de familles adoptives, des organismes agréés d'adoption internationale et des intervenants gouvernementaux. D'autres ont un rayonnement restreint à leur milieu local ou disciplinaire d'intervention et ne s'identifient pas nécessairement comme des spécialistes de l'adoption.

Ces offres de services sont relativement récentes. En effet, l'adoption internationale est un champ d'expertise encore très jeune dans ces secteurs d'activité professionnelle. De plus, les parents adoptifs et leurs regroupements n'ont pendant longtemps pas reconnu les difficultés d'adaptation vécues dans certaines familles adoptives. Depuis que leur nombre a beaucoup augmenté, il est devenu néanmoins évident qu'elles ont souvent besoin d'une aide professionnelle pour accompagner l'enfant qui a des problèmes de santé ou d'attachement ou encore des retards de développement et pour soutenir l'adulte ébranlé par cette expérience. Des services en post-adoption plus nombreux, plus accessibles et soutenus par le réseau public comptent donc maintenant parmi les principales revendications en adoption internationale. Ces revendications émanent des parents adoptifs eux-mêmes, mais aussi de professionnels qui veulent faire reconnaître l'expertise particulière qu'ils ont développée en s'efforçant de répondre à leurs besoins et à ceux de leurs enfants.

14. Par exemple, quelques CLSC offrent des formations et des consultations en pré et post adoption ; la Clinique de santé internationale de l'Hôpital Ste-Justine offre une consultation pédiatrique; plusieurs psychologues et travailleurs sociaux ont suivi la formation en Adopteparentalité offerte par Johanne Lemieux, travailleuse sociale, etc. Voir l'ouvrage largement diffusé de J.-F. Chicoine, P. Germain et J. Lemieux, *L'enfant adopté dans le monde (en quinze chapitres et demi)*, Montréal, Hôpital Ste-Justine, 2003.

Ce développement de nouvelles ressources et d'une nouvelle expertise sur la santé et le développement psychosocial des enfants adoptés soulève l'enjeu de la préparation et de l'encadrement des adoptants. Dans la mesure où l'expérience démontre qu'ils ne peuvent pas toujours relever seuls les défis de l'adoption internationale, serait-il justifié de leur imposer une formation préalable, qui s'ajouterait à l'obligation de subir une évaluation de leurs capacités parentales? Les autorités pourraient-elles poser cette exigence alors que les futurs parents d'un enfant biologique n'y sont pas soumis? Un autre enjeu connexe est celui du droit pour tous à des services sociaux et de santé accessibles et gratuits : est-ce que la spécificité de certains problèmes reliés à l'adoption justifie un investissement public dans une offre de services ciblant spécifiquement les enfants adoptés et leurs parents? Les débats des prochaines années dans le champ de l'adoption devraient idéalement permettre de clarifier de tels enjeux.

Le temps de la transmission

Notre adoption plénière intègre l'enfant adopté dans sa nouvelle famille en lui conférant les mêmes droits que s'il était né de ses parents adoptifs. Cependant, comme mentionné précédemment, elle a aussi pour effet de rompre ses liens antérieurs de sorte qu'il devient étranger à sa famille d'origine. Dans la mesure où l'adoption modifie ainsi radicalement la filiation de l'enfant adopté, elle fait intervenir une autre dimension temporelle, celle de la transmission des principaux repères de l'identité : le nom, les liens de parenté (grands-parents, frères et sœurs...), la langue, la nationalité, le milieu d'appartenance sociale et ethnoculturelle. Comme pour d'autres éléments du patrimoine familial, culturel ou religieux transmis d'une génération à l'autre, les héritiers peuvent accepter ou refuser d'assumer ces repères identitaires, mais ils doivent néanmoins se situer par rapport à eux pour se construire.

L'adoption plénière ne ménage qu'une seule voie de transmission intergénérationnelle pour l'enfant adopté, du côté de sa famille d'adoption. Cette approche univoque a longtemps été renforcée par des pratiques de secret au sein des familles, par la confidentialité des dossiers d'adoption et par l'empêchement de contacts directs entre les parents d'origine et les adoptants. Toutefois, elle n'est plus intégralement applicable aujourd'hui. Une majorité des adoptions en

banque mixte et des adoptions internationales ne se réalisent tout simplement plus dans l'anonymat complet. De plus, la Convention internationale des droits de l'enfant (CDE)¹⁵ reconnaît à ce dernier le droit de connaître ses parents, d'être élevé par eux dans la mesure du possible, d'entretenir des relations personnelles avec eux sauf si c'est contraire à son intérêt et de bénéficier, si possible, de continuité dans son éducation et par rapport à ses origines ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. La recherche du meilleur intérêt de l'enfant dans l'adoption devrait en principe prendre en considération ces droits de l'enfant. Cela suppose que soit maintenue ouverte une voie de transmission intergénérationnelle non seulement du côté de sa famille d'adoption, mais également du côté de sa famille d'origine. Comment une telle ouverture pourrait-elle en pratique se traduire?

Les réponses actuellement proposées à la question qui précède se déploient sur un large éventail, avec des accents différents selon qu'il est question d'adoption domestique ou d'adoption internationale. Celles qui ont une incidence plus marquante dans la dynamique du champ de l'adoption, au niveau des pratiques ou de leur régulation, concernent : la valorisation de la culture d'origine des enfants adoptés à l'étranger, la remise en question de l'adoption «fermée», l'accès aux origines pour les adoptés internationaux.

La valorisation de la culture d'origine des enfants adoptés à l'étranger

Le droit de l'enfant de connaître ses origines suppose qu'une place dans sa trajectoire de vie soit explicitement reconnue à ses parents d'origine, lesquels ont été habituellement cantonnés jusqu'ici dans une position obscure, sinon tout à fait occultée. La majorité des parents adoptifs d'aujourd'hui acceptent cette exigence de reconnaissance des parents dits «biologiques», d'autant plus que l'apparence de leurs enfants adoptés à l'étranger ne favorise pas le déni de leurs origines. Néanmoins, les conditions dans lesquelles se réalisent la majorité des adoptions internationales continuent plutôt de renforcer la tendance à considérer l'adoption comme le début d'une nouvelle histoire qui éclipse définitivement le passé. En effet, dans plusieurs des pays d'origine, les pratiques administratives

15. Tous les pays du monde ont maintenant ratifié cette convention, sauf les États-Unis et la Somalie.

rendent impraticables les efforts pour connaître les circonstances de la naissance et de l'abandon, un peu comme c'était le cas au Québec il y a une cinquantaine d'années. La République populaire de Chine, par exemple, ne fournit jamais qu'un minimum d'informations sur l'enfant, qui est presque toujours déclaré comme ayant été trouvé : sa date de naissance, le nom qui lui a été attribué à l'orphelinat, son poids, sa taille, les résultats de l'examen médical. Les éléments de son histoire personnelle sont formulés de manière trop stéréotypée pour que les parents adoptifs puissent leur ajouter foi. Les pays qui constituent un dossier bien documenté et le transmettent aux parents adoptifs sont encore l'exception. Bien que cela ne soit pas impossible dans certains pays, peu d'adoptants établissent un contact direct avec la famille d'origine et ils sont encore moins nombreux à accepter de le maintenir¹⁶.

Les adoptants, souvent déjà ambivalents quant à leur désir de connaître les antécédents de leur enfant, n'ont donc la plupart du temps presque aucun matériel à partir duquel constituer une mémoire faisant ouverture vers le réseau familial dont il est issu. Quelques-uns choisissent alors d'insister exclusivement sur son appartenance à leur famille et sur son identité québécoise, considérant que ce sont dorénavant ses seuls référents. Toutefois, la plupart font des efforts pour lui constituer une mémoire de ses origines. Ils la construisent alors surtout autour de leur propre voyage dans son pays, des difficultés qu'ils y ont rencontrées, de ce qu'ils ont aimé et du contraste entre les conditions de vie là-bas et au Québec, en s'aidant des photos qu'ils ont prises eux-mêmes et des vidéos qu'ils ont tournés. Comme ils sont majoritairement très scolarisés et bien informés, ils puisent aussi à des connaissances touristiques ou livresques concernant la nourriture, la musique, l'histoire, les valeurs spirituelles... Dans cette perspective, plusieurs associations de parents adoptifs créées au cours des années 1990 encouragent leurs membres à s'informer sur le pays d'origine de leur enfant, à participer aux activités culturelles organisées par la communauté

16. De tels contacts s'écartent de la norme, mais ne sont pas exceptionnels, voir F.-R. Ouellette et C. Méthot, *L'adoption tardive internationale. L'intégration familiale de l'enfant du point de vue des parents et des grands-parents*, Montréal, IRS-Culture et Société (Université du Québec), 1999. De plus, dans certains pays comme Haïti, le Vietnam, Taiwan ou la Corée, par exemple, des retrouvailles internationales sont assez facilement envisageables. Il arrive aussi que des frères et sœurs biologiques adoptés dans des familles différentes restent en contact.

des immigrés du même pays, à introduire leur enfant à des pratiques linguistiques, culinaires ou artistiques qui l'aideraient à mieux le connaître et à l'apprécier. Certaines d'entre elles soutiennent des voyages familiaux de retour dans ce pays ou accueillent des délégations d'orphelinats étrangers. Elles contribuent ainsi à ce que leurs membres ayant adopté dans un même pays et surtout dans un même orphelinat considèrent que leurs enfants sont liés par leur origine commune, comme les enfants d'une même famille.

Ce travail familial et collectif de constitution d'une mémoire des origines pour les enfants adoptés à l'étranger a ceci de particulier qu'il les situe en référence à un pays et à sa culture, plutôt qu'en référence à une origine familiale. En délimitant pour leur enfant un tel champ identitaire, les parents adoptifs contournent (par nécessité ou par choix plus ou moins inconscient) la question de ses parents biologiques sans avoir à remettre en question l'exclusivité de sa filiation adoptive. L'enjeu de reconnaissance des origines se trouve ainsi redéfini comme un enjeu d'intégration à une société d'accueil prônant un certain multiculturalisme, sans référence aux dimensions sexuelles et familiales des origines, qui demeurent largement entourées de silence.

Les remises en question de l'adoption fermée

La difficile reconnaissance des origines des enfants adoptés découle en bonne partie de l'effet de fermeture provoqué par le cadre légal et par les empêchements à toute forme d'échange relationnel entre les familles d'origine et d'adoption. Rétablir la voie de transmission qui a été jusqu'ici fermée pourrait donc passer par une réforme des règles encadrant l'adoption. Les propositions en faveur de l'adoption dite «ouverte» et d'autres favorisant l'introduction d'un régime d'adoption qui n'exigerait pas que les liens familiaux d'origine de l'enfant soient obligatoirement rompus visent une telle modification de l'encadrement juridico-administratif de l'adoption. Il s'agit alors de repenser l'adoption dans une perspective de continuité.

Une adoption est dite ouverte lorsqu'elle comporte certains contacts directs entre les parents d'origine et les parents adoptifs qui refusent de s'en remettre entièrement à un intermédiaire professionnel dans le cadre d'un transfert anonyme et impersonnel. Ils veulent connaître l'autre famille afin de prendre une décision éclairée, mais aussi souvent faciliter pour l'enfant la

connaissance de ses origines. En réalité, le degré d'ouverture peut être très variable, allant de la transmission d'informations dénominalisées à des contacts directs sur le long terme, en passant par des échanges limités au placement initial¹⁷. L'adoption ouverte est fréquente aux États-Unis où certaines agences privées d'adoption tendent même à en faire une règle. Elle n'est pas reconnue en droit québécois, mais les intervenants des Centres jeunesse sont assez souvent appelés à la faciliter, sous une forme ou une autre. De façon générale, ils le font cependant de façon très prudente et en assurant aux adoptants qu'ils pourront toujours ultérieurement refuser d'honorer une entente de contacts (lettres, visites, téléphones...) s'ils le jugent préférable. Toutefois, l'intérêt de l'enfant pourrait bien éventuellement être invoqué pour imposer à des parents adoptifs de continuer à appliquer une entente de contacts qui ne leur conviendrait plus. D'autres provinces canadiennes (Manitoba, Ile-du-Prince-Édouard et Colombie-britannique) reconnaissent la valeur juridique des ententes d'adoption ouverte¹⁸. Des droits de visites peuvent aussi être accordés par la Cour, en faveur de grands-parents par exemple¹⁹. Aux États-Unis, des accords sont parfois fixés lors du jugement d'adoption, même si les tribunaux sont toujours réticents à lier une rupture de liens à une entente de contacts²⁰. Cette situation apparemment paradoxale est tout à fait révélatrice des limites de notre modèle d'adoption dans le contexte actuel.

De l'avis de certains, l'adoption ouverte reflète davantage la valeur que les adultes concernés accordent à l'information que leur volonté de tisser des

-
17. J. Demick et S. Wapner, «Open and Closed Adoption : A Developmental Conceptualization» (1988) Family Process 229, D. Goubau, «Open adoption in Canada» dans A. Fine et C. Neirinck, dir., *Parents de sang, parents adoptifs. Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption - France, Europe, USA, Canada*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme/LGDJ, Droit et société, 2000 à la p. 63.
 18. Goubau, *ibid.*
 19. D. Goubau, «L'adoption d'un enfant contre la volonté de ses parents» (2000) 35 C. de D. 151.
 20. J. Hollinger, «L'adoption ouverte aux États-Unis» dans A. Fine et C. Neirinck, dir., *Parents de sang, parents adoptifs. Approches juridiques et anthropologiques de l'adoption - France, Europe, USA, Canada*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme/LGDJ, Droit et société, 2000 à la p. 45.

liens entre eux autour de l'enfant²¹. Toutefois, les travailleurs sociaux et les autres spécialistes qui en font la promotion considèrent qu'elle est d'abord dans l'intérêt de l'enfant lui-même. En aidant ses parents biologiques à en faire leur deuil, elle évite qu'ils retardent longtemps leur consentement. De plus, les contacts avec eux peuvent ensuite contribuer positivement au développement de son identité²². Elle serait particulièrement utile pour les enfants grands à qui elle peut épargner une nouvelle perte relationnelle et de continuité. Dans certains cas, elle apparaît être actuellement la seule avenue permettant de respecter l'intérêt de l'enfant à être adopté sans pourtant perdre des liens d'appartenance significatifs²³.

Les adoptions en banque mixte dont il a été question précédemment pourraient presque toujours être des adoptions ouvertes, puisqu'elles commencent par un simple placement en famille d'accueil dans le foyer des futurs adoptants. Néanmoins, certains intervenants en Centres jeunesse veillent au contraire à ce que les coordonnées de la famille d'accueil soient gardées confidentielles, aménageant dès le départ les conditions indispensables à une adoption anonyme conforme au modèle traditionnel. En adoption internationale, même dans les cas où les antécédents de l'enfant ne sont aucunement confidentiels, le thème de l'adoption ouverte est rarement abordé et les adoptants qui rencontrent les parents d'origine y sont davantage amenés par des circonstances imprévues que parce qu'ils l'ont voulu ainsi.

L'adoption ouverte est une formule de compromis. Elle permet de reconnaître une certaine place aux origines familiales sans pour autant remettre en cause l'exclusivité du lien créé par l'adoption plénière. Or, une rupture des liens d'origine ne rencontre pas de façon évidente l'intérêt de certains enfants. Pensons, par exemple, aux enfants adoptés déjà grands qui connaissent leurs

-
21. J. S. Modell, «Open Adoption : Extending Families, Exchanging Facts» dans L. Stone, dir., *New Directions in Anthropological Kinship*, Lanham/Boulder/New York/Oxford : Rowman & Littlefield Publishers, 2001 à la p. 246.
 22. L. Campbell, P. Silverman et P. Patti, «Reunions between adoptees and birth parents : The adoptee's experience» (1991) 36 *Social Work* 329; J.-L. Gritter, *The spirit of open adoption*, Washington, DC, Child Welfare League of America, 1997; D. Silverstein et S. K. Roszia, «Openness : A Critical Component of Special Needs Adoption» (1999) 78:5 *Child Welfare* 637.
 23. Goubau, *supra* note 17.

parents et d'autres membres de leur parenté d'origine avec qui ils ont tissé des liens d'appartenance significatifs : certains enfants placés en banque mixte qui ont des frères et sœurs vivant dans une autre famille, certains enfants adoptés par le nouveau conjoint de leur mère ou de leur père (y compris quand ce nouveau conjoint est du même sexe), les enfants adoptés à l'étranger par un membre de leur famille vivant au Canada, les enfants que les lois de l'immigration ne permettent pas de faire entrer au pays s'ils ne sont pas orphelins ou adoptés par la famille qui les parraine. Ces différentes situations justifieraient de revoir le choix législatif d'une adoption toujours tout à fait exclusive, encore pensée sur le mode de la rupture plutôt que la continuité, à une époque où chaque individu est pourtant invité à nouer les fils de son histoire personnelle dans un tissu identitaire composite. Lorsqu'un enfant doit bénéficier d'un lien d'adoption inconditionnel, cela doit-il nécessairement exclure le maintien dans la durée des liens noués antérieurement? Dans quelles circonstances peut-on affirmer que l'intérêt de l'enfant qui deviendra inévitablement un adolescent, puis un adulte, est de perdre définitivement tout lien d'appartenance à sa famille d'origine en tant que source sociale et symbolique d'identité et d'appartenance? Faut-il toujours faire définitivement obstacle aux relations entre un enfant et son parent quand ce dernier s'est montré clairement inadéquat?

La plupart des acteurs du champ québécois de l'adoption ne songent pas actuellement à remettre en cause le fait de ne reconnaître que l'adoption plénière (certains étaient prêts à le faire dans les années 1980, avant que soit généralisée la conversion en adoption plénière des adoptions sans rupture de liens réalisées à l'étranger). L'intégration pleine et entière d'un enfant dans sa nouvelle famille est, en effet, perçue comme indissociable d'une rupture de ses liens familiaux d'origine. L'adoption plénière est pourtant un construit juridique perfectible qui pourrait être modifié en s'inspirant du modèle de l'adoption simple offert par certains pays européens (France et Belgique notamment), laquelle crée une filiation qui s'ajoute à la précédente plutôt que de s'y substituer. D'autant plus que les enfants adoptés à l'étranger proviennent souvent de pays où l'adoption ne rompt pas non plus les liens antérieurs, comme en témoignent les dispositions de la CLH exigeant que les parents biologiques consentent formellement à une conversion en adoption plénière une fois l'enfant rendu dans son pays d'accueil. Ajoutons que, contrairement aux craintes souvent exprimées, les effets d'une adoption additive (en matière de nom, d'héritage, etc.) pourraient être

déterminés de manière à ne pas désavantager l'enfant par rapport à celui qui est adopté de façon plénière. De plus, elle n'entraînerait pas nécessairement des droits de contact pour les parents d'origine, à moins d'une ordonnance du tribunal.

La conservation des dossiers d'adoption et l'accès aux origines pour les adoptés internationaux

Dès les années 1970, des mouvements de protestation sont apparus dans plusieurs pays occidentaux et ont réclamé pour les adoptés et leurs parents biologiques la levée du secret entourant l'adoption, ainsi que l'accès aux renseignements qui leur permettraient de se retrouver. Ces diverses revendications ont entraîné l'ouverture des dossiers d'adoption dans plusieurs pays. Ainsi, depuis 1983 en Grande-Bretagne, l'adopté qui en fait la demande peut obtenir les informations figurant à son dossier et sur son certificat de naissance. Au Québec, les enfants adoptés peuvent demander, dès l'âge de 14 ans, à connaître leurs antécédents sociobiologiques et ils peuvent être informés de l'identité de leurs parents de naissance si ces derniers y consentent. Ceux qui sont nés ici doivent s'adresser au Centre jeunesse de la région où leur dossier est conservé qui leur en fournira alors un sommaire et qui leur offrira un accompagnement psychosocial en cas de retrouvailles. Par contre, l'accès des adoptés internationaux à ces mêmes services n'a été que récemment reconnu comme un enjeu justifiant un investissement concerté de la part des nombreux acteurs concernés.

Au Québec, les informations sur les origines des enfants adoptés à l'étranger sont dispersées entre différents acteurs et toutes ne sont pas conservées dans les mêmes conditions. Certains documents sont entre les mains des parents adoptifs, qui ne sont pas légalement tenus de les remettre à leur enfant adopté. D'autres sont conservés par le Centre jeunesse ou par le SAI et ils sont d'emblée traités comme étant confidentiels. D'autres encore se retrouvent dans les dossiers des organismes agréés, qui ne sont pas à proprement parler des dossiers confidentiels d'adoption, mais qui peuvent être utiles ou nécessaires pour, par exemple, reconstituer le parcours d'un enfant ou pour localiser ses parents d'origine. Enfin, les services d'immigration canadien et québécois et les ambassades canadiennes à l'étranger peuvent aussi détenir des documents reliés notamment à l'émission du visa d'entrée de l'enfant au pays

et à l'examen médical préalable réalisé dans son pays d'origine. La dispersion des informations entre ces différents acteurs représente un obstacle pour la mise en œuvre des engagements des pays signataires de la CLH qui doivent conserver ces renseignements et les rendre accessibles aux adoptés dans la mesure permise par la loi de leur État.

Jusqu'à récemment, seuls les Centres jeunesse avaient un mandat de réponse aux demandes de renseignement des adoptés, alors même qu'ils n'ont de dossiers que sur une fraction de ceux qui ont été adoptés à l'étranger et que ces dossiers ne contiennent que des renseignements partiels (l'évaluation psychosociale des adoptants, principalement). Or, c'est le SAI qui recevait la plupart des demandes de renseignements et qui essayait d'y donner suite, mais sans avoir de mandat officiel à cet effet et sans pouvoir exiger la collaboration des Centres jeunesse, des organismes agréés ou des autres acteurs concernés. Les adoptés devaient frapper à plusieurs portes différentes et, souvent, n'obtenaient pas les services auxquels ils auraient en principe droit. Certains procédaient donc à leurs recherches par des voies non officielles. Cet enjeu de l'accès aux origines pour les adoptés internationaux a suscité une initiative du SAI visant à développer une organisation de services de recherche d'antécédents sociobiologiques et de retrouvailles qui soit adaptée à leurs besoins. Les modifications législatives nécessaires ont été identifiées dès 2002 par le Comité sur la Recherche d'Antécédents Sociobiologiques et les Retrouvailles Internationales (RASRI)²⁴, dans une perspective reconnaissant le droit des origines comme appartenant à l'enfant et non aux parents adoptifs. Elles sont incluses dans la loi votée en 2004²⁵ (dont il a déjà été question précédemment dans ce texte) qui vient donner force de loi à la CLH au Québec et devrait être en vigueur dans les prochains mois.

Le SAI est l'acteur central du modèle de distribution de services dont il a suscité la mise en place et il est désigné comme l'interlocuteur unique de l'adopté international à la recherche de ses origines. Il veille à la conservation

24. Ce comité présidé par le SAI réunissait des représentants des principaux acteurs de l'adoption internationale au Québec.

25. Loi assurant la mise en œuvre de la Convention assurant la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions législatives en matière d'adoption.

des dossiers d'adoption qu'il a lui-même constitués, mais aussi des dossiers des organismes agréés qui sont maintenant tenus de les lui transmettre dans les deux ans suivant la fin ou l'abandon des procédures d'adoption. Il peut également obtenir des renseignements auprès des organismes publics qui détiennent des responsabilités en matière d'adoption au Québec et à l'étranger (Centres jeunesse, services d'immigration...), afin de compléter ses propres renseignements et d'identifier ou de localiser les parties concernées par les demandes de recherche d'antécédents sociobiologiques et de retrouvailles. Si nécessaire, il se réfère également aux organismes agréés qui, grâce à leurs réseaux de contacts, peuvent servir d'agents de liaison avec les acteurs du milieu d'origine et qui peuvent fournir des éléments éclairants sur la culture de ce pays. Lors de la transmission des informations recherchées, un accompagnement psychosocial peut être offert à l'adopté par un Centre jeunesse ou un organisme communautaire ayant une expertise dans ce domaine (Groupes familiaux de retrouvailles apprivoisées).

Alors que chacun de ces différents acteurs disposait jusqu'ici d'une relative autonomie dans la gestion des informations sur les origines des adoptés, ce modèle de distribution de services les oblige à collaborer dans la remise en circulation des renseignements qu'ils détiennent.

Pour la personne adoptée au Québec, l'accès aux renseignements contenus dans son dossier confidentiel d'adoption signifie principalement la levée du secret concernant l'identité de sa mère biologique (quand celle-ci y consent). Par contre, dans les cas d'adoption internationale, l'identité des parents biologiques n'est souvent pas un secret pour l'adopté et sa famille. En effet, de nombreux pays d'origine n'imposent pas la confidentialité des dossiers d'adoption et transmettent aux adoptants le certificat de naissance original de leur enfant. De plus, ces derniers recueillent parfois des informations précises auprès de l'orphelinat, de la famille d'accueil ou des autorités, sinon directement auprès des parents. L'enjeu de la conservation et de la divulgation du dossier d'adoption internationale réside donc moins dans la levée d'un secret sur les origines que dans les clefs d'accès qu'il peut offrir à d'éventuelles retrouvailles (localisation de la mère, etc.), et dans le fait qu'il est mieux préservé des risques de perte que le sont les archives des familles adoptives.

Maintenant que le SAI a la responsabilité officielle de centraliser les dossiers et les demandes de renseignements, l'enjeu est de décider jusqu'à quel point l'État pourra investir de ses propres ressources pour faciliter les recherches de renseignements dans les pays étrangers et pour, éventuellement, soutenir les adoptés intéressés à faire un voyage de retour. Nul doute que les mouvements de retrouvailles internationales qui se développent ailleurs dans le monde (aux États-Unis et en Suède, notamment) contribueront à éclairer les enjeux de ces retrouvailles du point de vue des adoptés eux-mêmes (difficultés liées à la perte de la citoyenneté d'origine, formalités, frais de séjour...) Ils donneront certainement lieu à de nouvelles formes de revendications. Un autre enjeu est de clarifier comment mettre en œuvre des collaborations avec des pays d'origine qui n'imposent pas les mêmes règles de confidentialité que les nôtres, notamment pour localiser les personnes et solliciter leur consentement à des retrouvailles. Par exemple, est-ce que les restrictions de la loi québécoise, qui ne permet pas aux membres de la fratrie biologique de solliciter des retrouvailles, serviront de balises aux ententes de collaboration établies avec des pays dont la loi ne prévoit pas de semblables restrictions?

Conclusion

J'ai tenté de repérer ici certains des principaux enjeux sociaux de l'adoption en prenant appui sur l'analyse des pratiques québécoises dans le champ de l'adoption depuis les années 1980. Afin de dégager une perspective d'ensemble sur la dynamique des relations entre les différents acteurs concernés, trois temporalités de l'adoption ont servi de fil conducteur à cet article.

Le temps du processus administratif et juridique de l'adoption est certainement l'angle d'appréhension qui structure le plus fortement les discours et les pratiques institutionnalisées dans le champ de l'adoption, de même que les actions qui visent à les contester ou à les soutenir. C'est en effet celui qui pointe le plus directement sur les enjeux de légalité des procédures, les enjeux de protection des enfants et de leurs droits, ainsi que l'enjeu politique plus englobant du partage des responsabilités entre l'appareil étatique, les professionnels du secteur public et du secteur privé, les groupes bénévoles et les familles. Ces enjeux sont aussi au centre des débats internationaux sur les adoptions transfrontières et les régulations internationales dont elles sont l'objet,

notamment la CLH. L'avenir de l'adoption se joue en grande partie à ce niveau et on peut s'attendre à ce que la prévention des risques pousse à une formalisation croissante des pratiques. Pour cette raison, l'époque des initiatives privées indépendantes semble définitivement hors d'ordre en adoption ; même animées de la plus entière bonne foi, elles donnaient prise aux abus et aux dérives. Il y a lieu de s'en féliciter – les enfants en sont d'autant mieux protégés. Par contre, il y a également lieu de réfléchir sur le fait que l'institutionnalisation et la standardisation croissante des pratiques n'ont aucunement éloigné le monde social de l'adoption d'une logique impersonnelle de marché. L'ajustement de l'offre d'enfants aux demandes fluctuantes des adoptants occidentaux demeure en effet l'un des principaux facteurs de mobilisation dans le champ de l'adoption, même si de façon relativement nuancée et voilée.

Le temps du développement de l'enfant est l'axe temporel à partir duquel il est possible de se recentrer sur la principale raison d'être de l'adoption. Il oblige à se dégager des enjeux de légalité pour préciser plutôt des enjeux de protection, de santé, de bien-être. Les programmes québécois d'adoption en «banque mixte», qui offrent l'adoption comme un «plan de vie» permanent pour des enfants placés qui ne pourront pas retourner vivre avec leurs parents, n'existeraient pas si l'on n'avait pas appris à subordonner les décisions d'adoption aux impératifs de développement des enfants. Néanmoins, les décisions prises du point de vue d'experts de la santé et de la psychologie s'appliquent dans un cadre juridique qui n'a pas la souplesse des jugements cliniques. C'est pourquoi il importe de bien distinguer entre le besoin urgent de permanence socio-affective d'un enfant et le besoin urgent qu'il pourrait avoir – ou pas – d'une nouvelle filiation tout à fait exclusive. En effet, l'adoption plénière est appelée parfois à jouer un rôle pour lequel ses effets juridiques n'ont pas été pensés.

Le temps du développement de l'enfant est aussi celui qui intéresse le plus les adoptants d'aujourd'hui. Particulièrement ceux qui ont adopté un enfant d'un pays étranger et qui découvrent la fréquence inattendue d'enfants adoptés souffrant de problèmes de santé sévères ou persistants, de troubles de l'attachement ou de retards de développement. Jamais ils n'ont été autant en demande de services de consultation, de formation et d'accompagnement par des professionnels spécialisés. Quoique encore peu nombreux, ces derniers sont de nouveaux acteurs influents dans le champ de l'adoption. Ils contribuent, en

même temps, à élargir les préoccupations dans leurs champs disciplinaires respectifs.

Le changement de filiation et d'identité provoqué par l'adoption plénière vient rompre le temps de la transmission des repères identitaires que sont : la position généalogique, le nom, l'appartenance ethnique, culturelle, linguistique, etc. Comme en témoignent les pratiques de valorisation de la culture d'origine des enfants adoptés à l'étranger, les familles adoptives ne sont pas inattentives à ces enjeux de transmission. Néanmoins, comme bien des professionnels du domaine, elles restent attachées à l'idée que, fondamentalement, l'adoption a l'effet d'une nouvelle naissance. Le cadre juridique de l'adoption plénière ne doit cependant pas être défini comme immuable et allant de soi. Il devrait pouvoir être confronté aux situations vécues afin d'envisager les aménagements possibles vers des adoptions plus ouvertes ou même des modifications législatives offrant, dans certains cas, la possibilité d'une adoption qui ne brise pas les liens d'origine.

La remise en question du modèle de l'adoption fermée ne se pose pas uniquement en amont de la procédure légale, elle se pose aussi en aval quand les adoptés sont à la recherche de leurs origines. À cet égard, le nouveau modèle d'organisation de services récemment mis en place au Québec pour les adoptés internationaux arrive à point. Dans l'avenir, ces adoptés qui arrivent nombreux à l'adolescence et à l'âge adulte prendront probablement une place visible et active dans le champ québécois de l'adoption. Nul doute qu'ils provoqueront alors la mise en lumière d'autres enjeux qui bouleverseront nos schèmes habituels de pensée et d'attitude à l'égard de l'adoption. Je pense, par exemple, à des jeunes adoptés rencontrés dans le cadre d'une recherche en cours²⁶, qui ont renoué des liens avec des membres de leur famille d'origine en Haïti, en République dominicaine, aux Philippines, au Vietnam ... Certains veulent retourner vivre là-bas faire du travail de coopération internationale; d'autres veulent parrainer un frère ou une sœur pour les aider à immigrer; d'autres au

26. Cette recherche comparative menée en collaboration avec Chantal Collard (anthropologie, Université Concordia), Dominique Goubau (droit, Université Laval) et Carmen Lavallée (droit, Université de Sherbrooke) s'intitule «Les ajustements du droit aux nouvelles réalités de l'adoption internationale» et est financée par le programme Action concertée de recherche sur l'enfant et la famille du Fonds québécois de recherche sur la société et la culture.

contraire n'ont pas le désir de reprendre contact avec leur pays, même s'ils disent parfois ne pas vouloir s'ancrer ici plus qu'ailleurs. Leurs identités et leurs appartenances sont plurielles. Comment notre société peut-elle au mieux métaboliser de tels pluralismes identitaires – qui se retrouvent aussi dans les réseaux d'immigration, dans les familles recomposées, dans certains mouvements marginaux, sans les écraser? À ce niveau, les enjeux de l'adoption rejoignent des enjeux de société beaucoup plus englobants. Il importe donc d'en tenir compte dans nos réflexions et de tenir vivant le débat collectif sur cette institution civile trop riche de potentialités pour qu'elle se réduise à n'être qu'un instrument de gestion des problèmes sociaux.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : FACTEURS DE RISQUES FILIATIFS DANS LA SITUATION ADOPTIVE

Auteur(s) : Pierre LÉVY-SOUSSAN

Revue : RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : 407-416

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11942>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11942>

Page vide laissée intentionnellement.

FACTEURS DE RISQUES FILIATIFS DANS LA SITUATION ADOPTIVE

par Pierre LÉVY-SOUSSAN*

SOMMAIRE

1.	Introduction	409
2.	Vulnérabilité psychique et situation adoptive : vérité biologique ou psychique?	410
3.	Les cinq facteurs de risques dans la filiation adoptive	411
4.	Vignette clinique	413
5.	Sens et Filiation	415
6.	Conclusion	415

*, Psychiatre, psychanalyste et médecin directeur.

1. Introduction

Parler des facteurs de risques, des difficultés dans l'adoption est relativement récent. Cela représente le revers des profonds bouleversements dans le champ de l'adoption depuis 20 ans (Marinopoulos, 2003).

En effet, depuis les trois dernières décennies, la «réalité» de l'adoption s'est profondément modifiée. L'analyse des motivations montre une évolution : après les motivations d'ordre patrimonial puis d'assistance à l'enfance, nous sommes dans le troisième temps (milieu XX^e siècle) : motivation à être parent (Soulé, 2002). Actuellement, en ce début du XXI^e siècle, cette motivation est tellement forte que l'adoption internationale est devenue la première, devant l'adoption nationale, dans la majorité des pays occidentaux. Pourtant, l'image du «bébé en souffrance à sauver» reste encore très vivante et tend à occulter toutes les difficultés à venir car «l'amour peut tout».

L'explosion du désir d'avoir un enfant «à tout prix», au sein des sociétés développées, va même jusqu'à rencontrer le fantasme du clonage reproductif pour pallier ou non à une infertilité de couple, pour ne citer qu'un exemple d'absence de limites quant au désir d'avoir un enfant. Le champ de l'adoption est un champ où tout le monde voudrait labourer.

Dans ce champ, se reflète une certaine évolution sociétale où l'intervention de l'état et de ses structures est de plus en plus critiquée par un discours individualiste demandant un «droit à adopter», évolution logique d'un «droit à l'enfant». La volonté d'adopter par les couples de même sexe en est un exemple.

Ainsi, l'adoption, lorsqu'elle n'est qu'une mesure de sauvegarde de l'enfant ou seulement l'expression d'un droit à l'enfant, risque de dévier de son but premier : l'institution de filiation (Goldstein, Freud, 1973). Le caractère filiatif de l'adoption risque alors d'être de plus en plus remis en cause au profit de son aspect éducatif.

2. Vulnérabilité psychique et situation adoptive : vérité biologique ou psychique?

Beaucoup de familles adoptantes se sentent vulnérables, ne savent plus exactement quel rôle elles ont vis-à-vis de l'enfant. Où se situer par rapport aux multiples personnes, familles et lieux que l'enfant a pu connaître auparavant? Par rapport à son passé? Ses parents de naissance¹?

Dans beaucoup de pays, la valorisation de la vérité biologique dans la filiation au détriment de la filiation psychique apparaît à travers plusieurs exemples significatifs :

- ▶ Le retard à prononcer par jugement l'adoptabilité de l'enfant, par idéalisation du lien biologique mère/enfant, pourtant pathogène ou inexistant (Berger, 2003);
- ▶ L'utilisation du «droit à connaître ses origines» pour remettre en cause les fondements de l'adoption plénière²;
- ▶ L'utilisation de l'ADN comme ultime preuve de filiation dans les revendications de paternité.

Ainsi, la valorisation extrême du lien biologique aux parents de naissance a des effets considérables dans le champ ultérieur de l'adoption. Beaucoup d'enfants ou de parents formulent une interrogation que l'on pourrait résumer en ces termes : peut-on se construire quand on ne sait rien sur les circonstances de sa naissance, avec un «dossier vide» ou, au contraire, un dossier «trop lourd, trop rempli»? Dans le cas d'adoptions internationales,

-
1. Nous utiliserons le terme «parents de naissance» à la place de «parents biologiques», terme qui nous semble être, par définition, un paradoxe, voire une contradiction dans les termes.
 2. L'affaire Benjamin devant la cour de Nancy et celle d'Odièvre devant la cour européenne en sont des exemples. Dans le premier cas, le droit aux origines était utilisé dans l'argumentation visant à casser le placement en vue d'adoption d'un enfant de 3 ans et demi vivant dans une famille depuis l'âge de 6 mois, pour le donner à un «père biologique» réclamant l'enfant trop tardivement. Les juges ont donné raison à cette argumentation en première instance avant appel cassant le premier jugement (Arrêt N°406/O4 du 23/02/04). Dans le second cas, le droit aux origines visait à revendiquer des droits filiatifs pour hériter des biens des parents biologiques (jugement de la cour européenne du 13/02/2003).

jusqu'où aller dans le respect de la culture d'origine, dans le maintien des liens avec le pays d'origine?

Toutes ces questions peuvent prendre une tournure délicate lorsque apparaissent des problèmes avec l'enfant.

En effet, l'une des particularités de la situation adoptive est la rationalisation des problèmes actuels à la lumière de la «réalité» du passé. Le passé, inconnu ou trop connu, est alors mis de l'avant par les parents pour «tout expliquer» des problèmes de l'enfant. L'enfant pense parfois résoudre ses problèmes par une recherche vers ce passé lointain et inconnu, idéalisé. L'enfant peut alors désinvestir son espace familial comme lieu filiatif, réduisant alors le rôle de sa famille à un rôle éducatif.

Tout se passe comme si la famille et l'enfant n'avaient pu nouer ensemble les trois éléments dissociés au départ dans la situation adoptive : le biologique, l'inconscient et le social. En effet, l'inconscient n'est pas un spécialiste des systèmes de parenté et la filiation psychique n'est jamais donnée mais se construit au prix du dépassement du lien biologique. L'enjeu est d'une importance cruciale pour l'enfant : lui donner un cadre familial susceptible de lui permettre de s'affranchir de la dimension biologique de sa filiation pour sa construction identitaire et subjective en lui offrant un nouveau lieu contenant, originaire, historicisant et identificatoire (Lévy-Soussan, 2002).

3. Les cinq facteurs de risques dans la filiation adoptive

Les échecs dans l'adoption sont dramatiques et nous interpellent comme professionnels ou comme tiers dans cet espace adoptif. Il est de notre responsabilité de tenter de minimiser les risques de l'adoption dans une perspective préventive afin d'éviter au maximum un nouvel abandon ou un rejet implicite de l'enfant : «on en peut plus, on ne le supporte plus, on ne veut plus le voir».

La voie finale et commune de ces risques est, *in fine*, d'aboutir à une atteinte directe des processus de filiation qui sont gravement sidérés ou entravés par des représentations familiales désorganisatrices quant aux enjeux narcissiques ou oedipiens nécessaires à l'enfant et à la famille. Pour le dire

autrement, un parent qui ne se reconnaît pas dans un (son) enfant ne le considérera pas comme sa prolongation narcissique, son continuateur après sa mort, porteur d'un mandat transgénérationnel, donc d'une valorisation réciproque, sera vécu comme une menace, persécutant pour lui, son couple, sa famille.

Si nous reprenons d'une façon synthétique les différents risques dans la filiation adoptive, nous pouvons en isoler cinq, mais nous ne nous attarderons que sur un seul, en interaction dynamique avec les autres :

- ▶ Les facteurs de risques liés au contexte social, culturel et à l'espace juridique organisant et appliquant les lois sur l'abandon, l'adoption.
- ▶ Les facteurs de risques liés au couple (ou au célibataire) dans son histoire pré-adoptive (histoire individuelle, du couple, motivations, impact de l'infertilité et démarches d'agréments).
- ▶ Les facteurs de risques liés à l'enfant dans son histoire pré-adoptive :
 - * Histoire des parents de naissance, du vécu avec le bébé ou l'enfant;
 - * Histoire de l'abandon : antécédents médicaux (hospitalisation, infections, nutrition et prématurité), psychiques des parents de naissance et de l'enfant;
 - * Histoire des placements, des carences, maltraitements et distorsion des soins précoces;
 - * Élaboration psychologique de l'abandon et adoptabilité psychique.
- ▶ Les facteurs de risques liés à l'appariement :
 - * Rôle des services sociaux, des organisations autorisées pour l'adoption, des intermédiaires, choix de certains parents pour certains enfants, qualité de la préparation des parents et de l'enfant.
- ▶ Les facteurs de risques liés à l'histoire familiale depuis l'arrivée de l'enfant :
 - * Développement psychoaffectif;
 - * Transformation et élaboration des angoisses vécues par l'enfant;
 - * Imaginaire originaire des parents, conflit de loyauté et conflit identitaire.

Une courte vignette clinique va tenter d'illustrer le cinquième facteur de risque particulièrement lié au travail de parentalisation, de filiation.

Dans cet exemple, «l'histoire passée» sert d'attracteur fantasmatique à toute la famille, empêchant toute mise en perspective du passé à travers le présent du couple et son propre passé.

4. Vignette clinique

Ninotchka a 7 ans. Ses parents viennent consulter avec elle en raison de crises fréquentes de violences, mensonges, insolence, provocation. Les parents sont à bout. Ninotchka leur dit qu'elle veut retourner en Russie.

Elle est en France depuis un an. Elle a vécu jusqu'à ses 5 ans ½ dans une famille violente, toxicomane, carençante. Elle a été placée en institution d'accueil pour enfants pendant 8 mois avant le jugement reconnaissant la déchéance de l'autorité parentale et la déclarant adoptable.

Les difficultés de Madame sont formulées peu à peu dans un climat émotionnel dominé par de la tristesse et un sentiment intense d'échec à être mère : «je ne peux pas être sa mère avec ce passé effroyable, la déchéance qu'elle a vécue, son abandon». Elle ne se reconnaît plus lors de ses colères, elle frappe sa fille alors même qu'elle n'avait jamais frappé ses précédents enfants. Les crises se terminent par épuisement réciproque des protagonistes, le plus souvent la fille dans les bras de sa mère en larmes.

L'imaginaire parental est ici sidéré par une autre scène, celle des parents de naissance «effroyables» «violents» «toxicomanes».

L'imaginaire de la mère ne peut *détoxifier* de telles images au sens de Bion (1965), la mettre en mots et tenter de l'historiciser en lien avec leur histoire de couple. En particulier, l'histoire de madame, où des angoisses d'abandon sont toujours en attente de métabolisation. Mise en écho de ces deux lieux, affectés en souffrance...

L'imaginaire ne joue pas ici encore son rôle *originale* dans l'arrivée de *Ninotchka*, car il ne peut prendre du recul, *mettre en mots* la «réalité» verbalisée

par *Ninotchka* qui garde alors son caractère traumatique, indépassable et effroyable.

Il existe une confusion des mères aussi bien chez Madame que chez sa fille. Cette mère subsistera tant que Madame projettera sur *Ninotchka* un originaire «effroyable» sans pouvoir le métaboliser.

Cette vignette pose des questions plus générales sur l'adoption : les parents sont-ils prêts à «soigner l'enfant plutôt que prendre soin de lui»? (Winnicott) À élaborer, à aider l'enfant à faire le deuil de ses identifications à l'objet perdu maternel, deuil actuellement gelé?

La construction d'une histoire commune co-construite donnant un sens à la vie de l'enfant, des représentations et des affects partagés est capitale pour le travail filiatif. L'une des conditions de réussite de la filiation est bien la capacité à faire rentrer l'enfant dans l'histoire familiale de chaque parent.

Pourtant, cette mise en sens du passé de l'enfant passe par la capacité des parents à transformer les émotions de l'enfant en affects d'abord assimilables par eux-mêmes afin de les rendre supportables pour l'enfant.

C'est bien dans cet après-coup que la valeur traumatique du passé se rejouera. Dans une clinique dominée par une répétition des mêmes scénarios émotionnels, tout se passe comme si les scènes, les affects, les représentations et les expériences affectives liées aux représentations douloureuses de l'histoire pré-adoptive devaient revenir jusqu'à leur transformation par les parents en expérience présente assimilable, c'est-à-dire compréhensible pour l'enfant.

Les parents se sont demandés s'ils devaient la ramener en Russie comme elle le souhaitait. Leur tentation était forte en raison de leur échec à aider Ninotchka à franchir cette béance non structurante arrivée dans sa vie : perte d'amour et de sens suite à l'abandon. C'est l'image de la mère russe qui est reconvoquée lors des provocations qui crée la maltraitance maternelle adoptive. C'est cela que les parents adoptifs devront mettre en mots pour donner un sens aux enjeux propres à cette filiation singulière.

5. Sens et Filiation

La construction d'une histoire commune co-construite donnant un sens à la vie de l'enfant, des représentations et des affects partagés est capitale pour le travail filiatif. L'une des conditions de réussite de la filiation est bien la capacité à faire rentrer l'enfant dans l'histoire familiale de chaque parent. Si l'enfant ne se vit pas comme la conséquence d'une histoire, des désirs du couple avant son arrivée, il ne pourra se dire qu'«il aurait pu» venir d'eux. Un enfant étranger au départ, qui restera étranger mais jamais familier. Il risque alors de s'enfermer dans une impasse filiative, véritable répétition de son abandon, ou ne faisant qu'actualiser douloureusement un passé indépassable, prisonnier d'une scène originaire extérieure à sa famille.

L'erreur serait de prendre à la lettre les fantasmes d'éviction de l'enfant quant à leur position parentale («vous n'êtes pas mes vrais parents»).

On voit bien comment cette erreur peut être alimentée, soit par l'histoire individuelle de chaque parent, soit par l'imaginaire social qui valorise à l'extrême l'origine biologique de l'enfant.

6. Conclusion

L'adoption est une institution de filiation. Il n'est donc pas question d'élevage ou d'éducation mais il s'agit d'instituer, c'est-à-dire de faire naître à la société un sujet comme fils ou fille de l'un et de l'autre sexe pour reprendre la formule antique consacrée.

La loi a cette fonction originaire pour le sujet (Legendre, 1985, 1988, 1990). À quoi sert la loi, demande le droit romain? Marcien, Jurisconsulte du III^{ème} siècle, répond : «Vitam instituere, à instituer le vivant».

Les lois de la filiation surpassent l'individu, désignent les catégories de la parenté pour obéir à une logique qui n'est pas celle du désir individualiste. Cette loi permet d'instituer la fiction du père et donne à la famille un cadre et des limites susceptibles de contenir la violence des rapports oedipiens.

Dans l'adoption, l'absence de filiation biologique peut favoriser des représentations irréelles et désexualisées de la filiation au profit d'une conception purement sociale ou juridique en faisant silence sur l'événement fondateur de la rencontre humaine permettant le désir, soit l'enfantement. Ce silence entraînerait alors un danger de non-transmission sur l'événement originaire de l'enfant ni purement légal, ni purement biologique, mais avant tout de l'ordre de la narrativité.

Il s'agit donc d'un travail de filiation parfois plus exigeant sur le plan psychique tant est grande l'aimantation par le lien biologique, pour réinvestir la réalité du couple comme un lieu identitaire, originaire et historicisant propre à l'enfant en devenir.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : FÉMINISME JURIDIQUE « DISTINCT » ? COMPARAISON
ENTRE LE QUÉBEC ET LE ROC (« REST OF CANADA »)

Auteur(s) : Marie-Claire BELLEAU

Revue : RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : 425-447

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11943>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11943>

Page vide laissée intentionnellement.

FÉMINISME JURIDIQUE «DISTINCT»? COMPARAISON ENTRE LE QUÉBEC ET LE ROC («REST OF CANADA»)

par Marie-Claire BELLEAU*

L'article propose une analyse comparative entre les féminismes juridiques québécois et canadien. Il utilise la notion d'«intersectionnalité stratégique» entre le féminisme et les luttes politiques d'identité nationale et culturelle comme concept opérationnel pour décrire les conséquences des interactions multiples et compliquées qui se jouent entre ces deux luttes émancipatrices au Québec et dans le ROC. Il vise à remplacer le cliché de féminismes juridiques «distincts» par l'«intersectionnalité stratégique» pour identifier et pour expliquer la spécificité du féminisme québécois par rapport au féminisme canadien parce qu'ils émergent de contextes et de luttes politiques séparés.

This article proposes a comparative analysis between the legal feminisms prevalent in the province of Québec and the ROC. It uses the notion of «strategic intersectionality» between feminism and political struggles surrounding national and cultural identity as the operational concept to describe consequences of the complex and multiple interactions at play between these two emancipatory struggles in Québec and the ROC. It aims at replacing the cliché of «distinct» legal feminisms by «strategic intersectionality» to identify and explain the specificity of Quebec feminism in relation to Canadian feminism because they arise out of separate contexts and political struggles.

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval. Nous tenons à remercier Brenda Cossman, Anne Devillé, Teresa Scassa, Diane Lamoureux, Louise Langevin, Olivier Paye ainsi que notre assistante de recherche, Johanne Carrier, et plus particulièrement Nathaniel Berman.

SOMMAIRE

1.	Le concept d'«intersectionnalité stratégique»	429
2.	L'identité québécoise et l'identité du roc	432
3.	Le féminisme juridique «distinct»	434
A-	La marginalité du féminisme juridique québécois	435
B-	Les politiques identitaires	439
C-	Le contexte culturel des appartenances multiples	442
D-	Subordination et dissociation	446
Conclusion		447

Lors de conversations sur le féminisme au Québec, plusieurs collègues et plusieurs amies suggèrent que le féminisme au Québec diffère fondamentalement de celui qui prévaut au Canada anglais. Selon elles, les partisans¹ d'une culture québécoise distincte se placent à l'intersection de deux mondes: les Québécoises appartiennent trop au monde nord-américain pour se sentir Européennes mais elles partagent trop d'affinités avec les Européennes pour s'identifier entièrement aux nord-américaines. Les féministes québécoises signalent parfois ces différences culturelles afin d'élucider les manifestations distinctes du féminisme juridique dans les deux systèmes de droit canadiens.

Les féministes québécoises prennent part simultanément à deux quêtes émancipatrices, celle du féminisme et celle des luttes politiques d'identité nationale et culturelle à cause du contexte particulier dans lequel elles s'inscrivent. Si ces deux luttes forment des sites confus lorsqu'elles sont analysées séparément, leur intersection dans les contextes culturels, politiques et socio-économiques du Québec et du «*rest of Canada*» (ci-après ROC) engendre un ensemble infini de complexités. Nous proposons la notion d'«intersectionnalité stratégique» entre le féminisme et les luttes politiques d'identité nationale et culturelle comme concept opérationnel pour décrire les conséquences des interactions multiples et compliquées qui se jouent entre ces deux luttes émancipatrices au Québec et dans le ROC. L'«intersectionnalité stratégique» offre un éclairage fécond pour expliquer les manifestations divergentes du féminisme entre des communautés juridiques qui souvent s'ignorent. Nous visons à remplacer le cliché de féminismes juridiques «distincts» par l'«intersectionnalité stratégique» pour expliquer les différences qui émergent de contextes et de luttes politiques séparés.

Pour les fins du présent article, nous tenons pour acquises les distinctions entre les féminismes du Québec et ceux prévalant dans le ROC. Nous alléguons que les deux groupes diffèrent de façon conjoncturelle à cause des positions politiques divergentes que les féministes occupent dans leurs situations respectives. Les femmes québécoises s'impliquent dans les luttes politiques

1. Pour les fins du présent article, nous utiliserons la forme féminine. Nous faisons ce choix en partie à cause du sujet traité mais aussi pour alléger le texte. Par ce choix, nous ne désirons pas suggérer que seules les femmes peuvent être féministes et s'intéresser à la question d'un «féminisme distinct».

d'identité nationale et culturelle de façon distincte de la manière dont les féministes du ROC s'engagent. Nous offrons ici une perspective sur les différences entre féministes québécoises et féministes du ROC en insistant sur le contexte politique et culturel dans lequel elles s'inscrivent et en mettant l'accent sur les stratégies qu'elles empruntent pour faire avancer les luttes émancipatrices qu'elles mènent simultanément. Ce faisant, nous ne désirons ni rendre ces différences éternelles par une «essentialisation», ni les effacer par des généralisations. Ainsi, nous tentons de rejeter l'«essentialisation» qui consiste à réduire une identité à une essence, c'est-à-dire à quelques traits conçus comme nécessaires, inévitables, généraux et généralisés. Par exemple, l'«essentialisation» de «la femme» consisterait à penser le féminin comme nécessairement maternel, instinctif, émotif et attentif. De la même façon, les cultures québécoise et canadienne-anglaise peuvent faire l'objet d'«essentialisations» basées sur des préconceptions culturelles généralisées telles que «la joie de vivre» et «l'accueil multiculturel». Nous tentons aussi de repousser les généralisations qui procèdent à l'universalisation de l'expérience des femmes à partir de la réalité d'un nombre limité d'individus. Ainsi, par la généralisation, toutes les femmes se voient attribuer des caractères et des propriétés sans tenir compte des spécificités culturelles, politiques et contextuelles dans lesquelles elles s'inscrivent. La généralisation passe sous silence et, par ce fait, supprime les divergences qui séparent mais parfois rapprochent des femmes aux vécus différents. Notre approche consiste plutôt à expliquer les différences entre les féminismes du Québec et du ROC comme le produit de pratiques culturelles, de sites politiques et de cadres institutionnels spécifiques. Dans cette perspective, nous célébrons les différences entre les féministes du Québec et celles du ROC comme l'expression de stratégies à partir de luttes féministes distinctes. Nous espérons du même coup promouvoir une compréhension mutuelle approfondie appuyée non pas sur l'effacement de ces différences mais plutôt *fondée sur* ces différences.

Enfin, dans le présent article, le droit constitue le point d'observation des relations entre les revendications féministes et les luttes politiques d'identité nationale et culturelle. Dans ce contexte, l'objet «droit» vise la notion classique

du juridique ainsi que l'idée de «conscience juridique»². La conscience juridique désigne l'atmosphère théorique à l'intérieure de laquelle les pratiques législatives, doctrinales et jurisprudentielles se manifestent et la façon dont ce climat influence des résultats particuliers. Elle désigne le sentiment de se sentir lié par des règles, des types d'arguments, des institutions et des catégories prédéterminés et caractérise la profession juridique en tant que groupe social à un moment historique précis. Ainsi, nous nous intéressons particulièrement à la conscience juridique québécoise et du ROC en rapport avec l'intersection entre le féminisme et les luttes politiques d'identité nationale et culturelle. Enfin, l'objet «droit» désigne également un des sites où s'opèrent des transformations sociales puisque l'engagement à participer à ces changements est de l'essence à la fois du féminisme et des luttes politiques d'identité nationale et culturelle.

Dans la première partie de cet article, nous allons brièvement définir ce que nous entendons par le concept de l'«intersectionnalité stratégique». Dans la seconde partie, nous allons décrire la signification que nous attribuons aux notions d'identité québécoise et d'identité du ROC. Dans la troisième partie, nous allons examiner certains éléments du féminisme juridique «distinct» à la lumière du concept d'«intersectionnalité stratégique».

1. Le concept d'«intersectionnalité stratégique»

La thèse du féminisme juridique «distinct» met en relief l'intersection entre le féminisme et les luttes politiques d'identité nationale et culturelle. Souvent, la considération traditionnelle des luttes émancipatrices identitaires en vase clos dissimule les revendications des autres protestations. Par exemple, à certains moments, les requêtes féministes demeurent cachées sous les protestations des luttes politiques d'identité nationale et culturelle et vice versa³.

2. Duncan Kennedy, «Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940», (1980) 3 *Research in Law and Sociology* 3.

3. Le concept d'intersectionnalité est issu principalement du mouvement interdisciplinaire *Critical Race Theory* des États-Unis. Pour une perspective intersectionnelle en droit: Kimberlé Crenshaw, «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color», (1991) 43 *Stan. L.R.* 1241; Kimberlé Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of

Le concept d'intersectionnalité conduit à une analyse et à une compréhension complexes d'engagements simultanés dans plus d'une lutte émancipatrice mais sans toutefois en subordonner l'une à l'autre. L'analyse intersectionnelle de ces luttes, à la fois distinctes mais interreliées, exige un examen contextuel des intersections entre les campagnes féministes et les luttes politiques d'identité nationale et culturelle. Le contexte culturel, politique et socio-économique dans lequel ces campagnes s'inscrivent enrichit notre compréhension des diverses significations et conséquences de l'intersection des luttes identitaires et des différentes manifestations qui en découlent.

Au concept d'intersectionnalité, nous ajoutons la notion de stratégie. Nous tentons ainsi de nous soustraire aux questions identitaires «essentialisantes» et «généralisantes». Nous rejetons les prétentions qui tentent de rendre le féminisme québécois, les luttes politiques d'identité nationale et culturelle au Québec ou le *Code civil du Québec* nécessairement, objectivement et abstraitement distinct du féminisme anglo-saxon, des luttes politiques d'identité nationale et culturelle ou du fédéralisme du ROC, ou de la Common law. En même temps, nous rejetons les tentatives assimilatrices qui bâillonnent les distinctions culturelles en visant la promotion d'un sentiment d'appartenance indifférencié «universel». Par exemple, le simple fait d'ajouter les expériences des femmes québécoises à un projet de recherche du ROC peut constituer une démarche assimilatrice lorsqu'elle est entreprise de façon abstraite et en dehors d'un examen du contexte politique et culturel du Québec. De même, la généralisation d'expériences québécoises à toutes les femmes canadiennes sans mettre les efforts nécessaires pour comprendre la diversité des identités canadiennes à l'intérieur de leurs sites complexes serait indûment universaliste. Nous ne désirons pas suggérer que les contextes du Québec et du ROC pourvoient en eux-mêmes une détermination à des concepts qui seraient autrement indéterminés. Nous argumentons plutôt que ces contextes enrichissent notre compréhension des significations multiples de ces concepts tels qu'ils se manifestent dans des sites de lutte particuliers. Ainsi, l'analyse de ces réalités par l'entremise du concept opérationnel de l'«intersectionnalité stratégique» incite la mise en commun de stratégies diverses dont les

Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», (1989) Uni. Chi. Leg. F. 139.

manifestations divergentes dans des contextes politiques et culturels distincts fournissent des avenues de transformations sociales potentielles.

Ainsi, l'«intersectionnalité stratégique» consiste à imaginer des stratégies qui prennent en considération les expériences devenues invisibles lorsque l'on considère séparément le féminisme et les luttes politiques d'identité nationale et culturelle. Imaginer des stratégies intersectionnelles de rechange présuppose de dévoiler des différences et des similitudes cachées, de déconstruire des mythes, de révéler des processus de projection et de dissociation, ainsi que de promouvoir l'émergence de nouvelles coalitions. Ces mesures se déploient soit à l'intérieur d'un site de lutte (par exemple, entre différentes approches féministes et donc à l'intérieur du féminisme) ou entre différents sites (par exemple, entre le féminisme et les luttes politiques d'identité nationale et culturelle). Elles servent à promouvoir des pratiques innovatrices, des stratégies originales et à créer des alliances productives et changeantes.

Nous avons choisi de créer ici l'expression «nat/cult» (luttes politiques d'identité nationale et culturelle) pour désigner les luttes identitaires de toutes les Québécoises concernant la situation du Québec au sein du Canada. Nous nous abstenons de prendre position dans le débat politique fédéraliste/souverainiste parce que ces luttes identitaires concernent toutes les Québécoises, qu'elles soient nationalistes québécoises, nationalistes canadiennes ou autres. Dans le contexte actuel, autant les structures du fédéralisme que celles du nationalisme souverainiste au Québec engendrent des conséquences néfastes pour les femmes. Ni la souveraineté, ni le *statu quo* ne parviendront à éradiquer nécessairement les effets préjudiciables pour les femmes de la situation du Québec dans le Canada. Pour ces raisons, lorsque nous décrivons une stratégie intersectionnelle empruntée par une féministe du Québec, nous ne prétendons pas qu'elle adopte ou non une position nationaliste québécoise, mais plutôt que la manœuvre qu'elle déploie émerge, en partie, de l'intersection entre le féminisme et la question de la situation du Québec au Canada. Nous utilisons donc l'expression «nat/cult» pour éviter d'utiliser le terme trop chargé de «nationalisme.» Nat/cult réfère donc au constat que toutes les Québécoises traitent des questions politiques d'identité nationale et culturelle peu importe leurs allégeances politiques dans le débat entre le nationalisme québécois et le fédéralisme canadien. De la même façon, nous ne tentons pas de faire une

évaluation des positions politiques des féministes du ROC à propos du Québec ou du Canada.

En somme, notre intérêt particulier consiste à mettre en relief le contexte spécifique des féministes québécoises - qu'elles adoptent des positions politiques nationalistes, fédéralistes ou autres - qui participent inévitablement à la fois aux luttes émancipatrices féministes et nat/cult. Nous souhaitons ainsi mesurer les distances qui séparent les féministes du Québec et du ROC. Par l'entremise du concept d'«intersectionnalité stratégique», nous tentons de remplacer l'analyse des différences basées sur leurs significations essentielles, par une analyse de ces différences dans leurs contextes politiques et culturels.

2. L'identité québécoise et l'identité du roc

Avant d'entreprendre notre étude, il s'avère essentiel de préciser ce que nous entendons par l'identité québécoise et celle du ROC. En effet, certaines lectrices risquent de réagir négativement à ce qui peut sembler être une généralisation des identités respectives du Québec et du ROC, doutant ainsi de notre exhortation à l'«anti-essentialisme» et à l'«anti-universalisme». Cependant, nous aspirons à mettre en regard ces identités sans nier leur complexité historique et contemporaine. Dans le présent texte, nous allons traiter en particulier des complexités de l'appartenance québécoise souvent ignorées ou passées sous silence dans le discours féministe du Canada. Les Québécois et les Québécoises admettent rarement leur position difficile et contradictoire à la fois comme colonisés et comme colonisateurs. En effet, le peuple québécois occupe un site de relations complexes à la fois comme conquérant des Premières Nations et comme peuple conquis par les «Anglais». De plus, les Québécoises ne se confrontent guère à la question de leurs relations problématiques avec les nombreuses communautés francophones hors Québec qui forment une population de langue française culturellement spécifique, importante et diversifiée, mais aussi constamment en danger de disparition. Il faut de plus tenir compte du fait que le Québec participe à un réseau de relations métropole/province avec la France, relié à l'histoire de la colonisation mais aussi à un ensemble d'éléments partagés concernant les origines, l'histoire, la langue, le système juridique, qui les lient de part et d'autre de l'Atlantique, et cela depuis plusieurs siècles. Les communautés anglophones, allophones et

immigrantes constituent des parties vitales de l'anatomie québécoise. De plus, la place du peuple québécois, à la fois minorité face à une majorité - celle du ROC -, et majorité sur son territoire, complique d'autant sa situation et donc son identité. La position unique du Québec au sein du Canada entraîne des conséquences importantes au niveau de la question des relations hommes/femmes, de même que des répercussions sur ses relations avec ses propres groupes minoritaires.

De même, certaines lectrices s'objecteront aux généralisations portant sur le «*rest of Canada*». Le ROC contient une véritable mosaïque de vastes différences culturelles et régionales qui soulèvent leurs propres réseaux complexes d'identités culturelles et nationales. Comme le Québec, le ROC combine un ensemble de relations compliquées entre minorités et majorités autour de plusieurs luttes identitaires, ainsi que par rapport à des questions reliées à l'histoire de la Conquête. Les questions féministes dans une province canadienne-anglaise risquent d'avoir peu en commun avec l'expérience des femmes vivant dans une autre région du Canada, à cause de différences importantes sur le plan linguistique, socio-économique, religieux et d'autres dimensions de l'identité. Certaines régions et provinces partagent plus avec le Québec qu'avec aucune autre province du Canada. Enfin, certaines féministes du ROC négligent de reconnaître la façon dont leurs propres appartenances linguistiques et ethniques influencent leur féminisme, rendant ainsi leurs pratiques plus ou moins adaptées aux besoins des autres.

Dans le présent texte, nous traitons principalement de l'identité québécoise. Cependant, les complexités de l'appartenance, tant au Québec que dans le ROC, démontrent que toute description de l'identité renferme une partialité incontournable difficilement sujette à l'«essentialisation». En effet, les différences *au sein de* l'identité québécoise ainsi que les différences *par rapport* à l'identité du ROC ne s'expliquent que relationnellement - c'est-à-dire par l'effet de liens de dépendance et d'influence réciproques entre éléments identitaires qui coexistent dans des contextes stratégiques spécifiques. Par exemple, une description complète de l'identité québécoise nécessite une analyse relationnelle de cette identité avec les appartenances des Premières Nations, des allophones et des immigrantes du Québec, des communautés francophones hors Québec ainsi que des Canadiennes-anglaises du Québec et du ROC. Dans le présent texte, nous proposons donc une description

inévitablement partielle de l'identité québécoise, principalement en relation avec le ROC. En somme, nous utilisons les termes «Québec» et «ROC» dans le présent essai comme abréviations désignant l'ensemble des identités complexes - mais partielles - que chaque site comporte.

En conséquence, la notion d'«intersectionnalité stratégique» tente de substituer à l'analyse des différences fondées sur les «essences» des différences tenant compte des contextes politiques et culturels dans lesquels les luttes féministes et de la nat/cult s'inscrivent. L'«intersectionnalité stratégique» permet une analyse de la thèse d'un féminisme québécois qui se distingue du féminisme du ROC précisément à cause du site de pratiques culturelles, sociales et politiques qui l'encadre.

3. Le féminisme juridique «distinct»

La thèse du féminisme juridique «distinct» suggère l'existence d'un féminisme juridique québécois divergent du féminisme du ROC, par opposition à l'explication de la spécificité du Québec en terme d'absence pure et simple de féminisme dans le milieu du droit québécois. Notre appellation réfère ainsi aux débats constitutionnels canadiens des dernières décennies qui visaient à faire reconnaître au Québec le statut de «société distincte» au sein du Canada.

Dans cette partie, nous décrirons la thèse du féminisme juridique «distinct» afin d'en révéler les postulats et d'en dévoiler les présupposés. Chaque élément du féminisme juridique «distinct» entraîne la mise en avant de l'intersection entre féminisme et nat/cult. Souvent, les féministes situées au croisement de ces deux luttes émancipatrices déploient des manœuvres afin d'éviter que les revendications de l'une soient soumises à l'autre. Notre objectif consiste à dévoiler ces stratégies en examinant spécifiquement la croisée des chemins. Au carrefour du féminisme et de la nat/cult, nous examinerons quatre points nodaux: a) la marginalité du féminisme juridique québécois; b) les politiques identitaires; c) le contexte culturel des appartenances multiples et d) les processus de subordination et de dissociation.

Pour illustrer nos propos, nous ferons parfois allusion au contenu des numéros spéciaux de deux revues juridiques similaires, consacrés au féminisme

juridique: «L'influence du féminisme sur le droit au Québec» publié en 1995 par les *Cahiers de droit*⁴ et «Special Issue: Women and the Law» publié en 1992 dans l'*Alberta Law Review*⁵.

A- La marginalité du féminisme juridique québécois

Les féministes québécoises reconnaissent mais déplorent l'absence de la critique féministe dans les facultés de droit de la province. Dans les *Cahiers de droit*, la dédicace à Marlène Cano signée par Michelle Boivin dépeint de façon poignante cette carence. Michelle Boivin déplore «le cercle - hélas si réduit - des juristes féministes francophones du Canada», qui perdit l'une de ses précieuses membres en septembre 1994⁶. En effet, Marlène Cano, professeure féministe de la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, est décédée d'un cancer du sein à l'âge de 38 ans.

L'éditrice des *Cahiers de droit*, Louise Langevin, note une lacune similaire dans son avant-propos. Elle évoque explicitement l'absence de textes en français sur le féminisme juridique, la rareté des cours dans les programmes de droit ainsi que la quasi-inexistence d'arguments féministes devant les cours du Québec⁷. Elle condamne l'apathie du droit québécois vis-à-vis du féminisme⁸. En fait, l'avant-propos de Louise Langevin annonce l'objectif du numéro spécial sur le féminisme comme étant de «réfléchir, en français, à ces questions»⁹. Sa description de la situation du Québec semble procéder d'une comparaison implicite avec l'état du féminisme au Canada anglais. Elle suggère implicitement une «projection» du statut enviable des professeures et des étudiantes dans le ROC, et dans le monde anglo-saxon en général. Pour les fins de notre étude, nous entendons par «projection» le processus qui consiste à transposer des impressions, des affects et des désirs vers une localisation conceptuelle externe. Par exemple, la projection québécoise du vécu féministe

4. (1995) 36 C. de D. 1.

5. (1992) 30 Alta L. Rev. 1.

6. M. Boivin, «*In memoriam* Marlène Cano» (1995) 36 C. de D. 3.

7. L. Langevin, «Avant-propos - L'influence du féminisme sur le droit au Québec» (1995) 36 C. de D. 5.

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*

anglo-saxon dans les facultés de droit donne à voir un reflet qui peut ou non correspondre à la réalité. Nous tentons donc de mettre en relief - en les distinguant - la description de la réalité des féministes du ROC et la projection de la perception de cette réalité par les Québécoises pour des fins stratégiques.

Le numéro spécial sur le féminisme dans les *Cahiers de droit* déploie simultanément des stratégies féministes et nat/cult dans un plaidoyer intersectionnel pour le féminisme juridique au Québec. Par exemple, le titre provocateur «*L'influence du féminisme sur le droit au Québec*»¹⁰ donne au numéro spécial l'allure d'un manifeste. En même temps, les lamentations de l'avant-propos au sujet de l'absence du féminisme dans les facultés de droit québécoises contredisent la hardiesse d'un titre proclamant l'influence du féminisme¹¹. En conséquence, le titre communique plutôt le *désir* d'une plus grande influence du féminisme sur le système juridique québécois que la réalité d'un tel impact. De plus, trois auteures des *Cahiers de droit* définissent ce qu'elles entendent par le terme «féminisme»¹². En déterminant la signification du féminisme, ces auteures tentent de fixer les frontières du féminisme juridique, en partie afin de délimiter et d'établir un domaine distinctif à l'intérieur du système juridique québécois. Le titre du numéro spécial, les déclarations de Michelle Boivin et de Louise Langevin ainsi que les définitions du féminisme sous-entendent *une* stratégie intersectionnelle visant à faire admettre, reconnaître et accepter la théorie féministe dans le contexte spécifique de la communauté juridique québécoise. Son intersectionnalité réside dans la volonté d'allier les sites identitaires féministe et québécois dans le domaine et le milieu du droit au Québec.

L'éditrice et plusieurs des auteures des *Cahiers de droit* poursuivent cette même stratégie intersectionnelle qui prend comme point de départ la

10. *Supra* note 4.

11. M. Boivin, *supra* note 6; L. Langevin, *supra* note 7; J. Stoddart, «Des lois et des droits. Considérations à propos d'un cheminement distinct» (1995) 36 C. de D. 9.

12. M. Boivin, «Les acquis du féminisme en droit: reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne» (1995) 36 C. de D. 27; M. Boivin, «Le féminisme en capsule: un aperçu critique du droit» (1992) *Revue femmes et droit* 357 citée dans J. Bouchard, «L'indemnisation des victimes de harcèlement sexuel au Québec» (1995) 36 C. de D. à la p. 141; L. Langevin, «Responsabilité extracontractuelle et harcèlement sexuel: le modèle d'évaluation peut-il être neutre ?» (1995) 36 C. de D. 101 à la note 7.

posture nat/cult en décrétant un droit privé québécois autonome, unique et spécifique. En effet, les thèmes du numéro spécial montrent l'intérêt marqué des auteures pour les questions juridiques conventionnellement associées au droit civil - et donc privé - québécois¹³. Elles proposent des analyses féministes concentrées principalement sur le droit québécois ainsi défini. Dans le contexte constitutionnel canadien, les gouvernements provinciaux détiennent des pouvoirs exclusifs en droit privé, alors que les compétences du gouvernement fédéral s'étendent aux domaines de droit public, tels que le droit criminel et le droit constitutionnel. La décision stratégique de concentrer les articles autour de sujets de droit privé¹⁴ visait assurément à mettre la théorie féministe à l'ordre du jour québécois et à obtenir une reconnaissance du milieu juridique universitaire et des praticiens du droit du Québec. Le simple fait de publier un manifeste féministe dans une revue juridique traditionnelle constitue un exploit remarquable, digne de célébration. Le numéro spécial représente un événement historique dans la communauté juridique québécoise et une stratégie intersectionnelle judicieuse. Chapeau!

Une *autre* stratégie intersectionnelle consisterait à commencer la démarche émancipatrice à partir d'une stratégie féministe visant à remettre en question la division même des compétences fédérale et provinciale afin d'élargir la conception québécoise du droit. L'extension stratégique du droit du Québec par une appropriation du droit fédéral pour des fins féministes viserait, entre

13. En effet, les thèmes des articles du numéro spécial des *Cahiers de droit* montrent l'intérêt marqué des auteures pour les questions financières (J. Bouchard, *supra* note 12; K. Lippel et C. Bienvenu, «Les dommages fantômes: l'indemnisation des victimes de lésions professionnelles pour l'incapacité d'effectuer le travail domestique» (1995) 36 C. de D. 161; L. Cipriani, «La justice matrimoniale à l'heure du féminisme: une analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991» (1995) 36 C. de D. 209), la responsabilité civile (J. Bouchard, *supra* note 12; N. Des Rosiers, «La responsabilité de la mère pour le préjudice causé par son enfant» (1995) 36 C. de D. 61; L. Langevin, *supra* note 12), la théorie féministe (Mi. Boivin, *supra* note 12; J. Neron, «Foucault, l'histoire de la sexualité et la condition des femmes dans l'Antiquité» (1995) 36 C. de D. 245) et l'histoire (J. Stoddart, *supra* note 11; F. Parent et G. Postolec, «Quand Thémis rencontre Clio: les femmes et le droit en Nouvelle-France» (1995) 36 C. de D. 319). Quatre des neuf articles traitent des méthodes d'évaluation du préjudice, de compensation financière et de recours en matière civile (L. Langevin, *supra* note 12; J. Bouchard, *supra* note 12; K. Lippel et C. Bienvenu, *ibid*; L. Cipriani, *ibid*).

14. Entrevue avec Louise Langevin.

autres, à faire éclater la division constitutionnelle entre le droit privé et le droit public autour de questions qui intéressent la vie des femmes en particulier. Par exemple, une telle stratégie permettrait de considérer les conséquences multiples et complexes de la violence faite aux femmes en droit privé et en droit public simultanément. Ainsi, dans le contexte de la violence conjugale, la stratégie viserait à sonder non seulement la responsabilité criminelle des agresseurs, domaine qui appartient à la compétence fédérale, mais aussi les répercussions juridiques de l'abus en matière provinciale telles qu'en responsabilité civile, en droit de la famille et en droit de l'enfant. Ce faisant, elle participerait simultanément aux luttes nat/cult et féministe en élargissant les frontières traditionnelles du droit spécifique au Québec, par l'effet de l'inclusion du droit fédéral pour des fins émancipatrices touchant le vécu intégral des femmes. La stratégie intersectionnelle précédente consistait à isoler le caractère unique du droit québécois pour y incorporer une analyse féministe à la mesure du contexte québécois. La stratégie alternative suppose l'expansion du féminisme par la critique de l'isolement produit par la spécificité du droit québécois, remise en question visant à éviter la fragmentation de l'expérience des femmes par le système juridique.

Enfin, d'autres stratégies pour atteindre une reconnaissance accrue du féminisme au Québec résideraient dans un engagement commun avec les communautés féministes anglo-saxonnes. Une telle stratégie pour promouvoir une meilleure compréhension mutuelle entre les féministes du Québec et celles du ROC consisterait à reconsidérer certaines descriptions des positions occupées par les féministes dans ces communautés juridiques. Par exemple, nous, féministes québécoises, projetons une image d'un féminisme accepté et reconnu au Canada anglais. Les féministes québécoises bénéficient de ces projections. Elles en tirent de l'espoir et de l'encouragement. Elles déploient ces projections, en partie, afin de convaincre les collègues de l'importance fondamentale et de l'intérêt du féminisme comme mouvement incontournable de la pensée juridique. Elles visent ainsi à provoquer un sentiment d'urgence parmi les juristes québécoises, à créer l'impression que le refus de reconnaître le féminisme équivaut à fermer les yeux face aux idées d'avant-garde, et conséquemment, à «manquer le bateau».

Cependant, le déploiement de ces projections comporte aussi des risques. En effet, ces projections québécoises minimisent le ressac important que les féministes subissent au Canada anglais. Dans son article «Violence Against Women in Law Schools» publié dans l'*Alberta Law Review*, Teresa Scassa analyse les menaces de violence, les actes de discrimination ainsi que le silence des femmes qui en découle, que les professeures et étudiantes endurent dans les facultés de droit du ROC¹⁵. Une stratégie intersectionnelle consisterait à renouveler les efforts d'appui et de soutien entre féministes isolées dans leurs environnements respectifs, à la jonction entre le Québec et le ROC. Cette stratégie viserait à reconnaître des vulnérabilités différentes mais interreliées entre les féministes du Québec et du ROC.

Évidemment, des générations de féministes exceptionnelles du Québec et du ROC ont agi et se sont battues en empruntant des stratégies similaires à celles que nous suggérons. Loin de nous la prétention d'avancer ces idées pour la première fois. Nous proposons plutôt de réitérer et de réinvestir ces efforts par la mobilisation des forces autour d'alliances et de collaborations renouvelées. Penser stratégiquement suppose de célébrer, mais aussi de critiquer, les forces et les faiblesses des mouvements féministes en droit dans leurs contextes institutionnels et disciplinaires spécifiques.

B- Les politiques identitaires

À l'occasion, nous, Québécoises féministes, tentons d'expliquer et de justifier la marginalité du féminisme dans les facultés de droit québécoises en invoquant un argument «culturel» basé sur les divisions essentielles entre les deux cultures canadiennes. Nous réduisons parfois cette division aux différences entre les origines historiques et les cultures contemporaines «latines» et «anglos». Ces tentatives pour expliquer l'indifférence, l'antagonisme et même le rejet manifeste du discours féministe dans les facultés de droit québécoises proviennent en partie du rejet de deux attitudes ou projections - la «fausse conscience» et le défilement - parfois associées au féminisme québécois. Premièrement, nous rejetons la présomption douteuse que toutes les juristes

15. T. Scassa, «Violence Against Women in Law Schools» (1992) 30 Alta L. Rev. 808.

féministes du Québec souffrent d'un cas grave de «fausse conscience»¹⁶. En effet, le fait que le féminisme dans la communauté juridique du Québec incarne une manifestation différente de celle du féminisme anglo-saxon ne conduit pas à la conclusion nécessaire que le féminisme québécois n'existe pas. La supposition que toutes les femmes québécoises se réduisent à des victimes impuissantes du patriarcat et de la discrimination sexuelle frôle l'absurde. Deuxièmement, nous refusons d'expliquer les divisions entre les féminismes du Québec et du ROC comme de simples excuses invoquées par les féministes et les non-féministes québécoises pour éviter de confronter les «véritables» questions soulevées par le féminisme anglo-saxon. Nous possédons nos propres priorités. En réaction à ces deux attitudes, nous attribuons une tradition de «combativité», d'«agressivité» et même de «belligérance» au féminisme anglo-saxon, projection qui sert de contre-exemple pour un féminisme juridique québécois distinct. Comme nous l'avons vu plus haut, ce dernier postulat dépend d'une projection d'un «anglo-féminisme» hautement problématique - bien qu'elle relève de la stratégie intersectionnelle.

Privilégiant la démarche nat/cult, certaines féministes prétendent donc que l'approche «agressive» et «conflictuelle» de l'anglo-féminisme ne convient pas à la société québécoise. Ces auteures soutiennent que depuis les années 1970, les femmes québécoises exercent un «pouvoir d'influence» par opposition à un «pouvoir de confrontation»¹⁷. La lutte nat/cult s'allie aux exigences féministes, en partie, en affirmant l'existence d'un féminisme juridique «distinct»: le féminisme au Québec possède, et doit posséder, un visage différent. Les femmes au Québec atteignent les mêmes buts dans la lutte contre l'oppression patriarcale de façon subtile mais aussi efficace que leurs consœurs canadiennes-anglaises. Cet argument contient sa part de vérité. En effet, les facultés de droit et les cours de justice comptent proportionnellement autant de femmes professeures et juges au Québec que dans les communautés juridiques

16. Le concept de «fausse conscience» (*false consciousness*), emprunté à la théorie marxiste, désigne l'état conditionné de la personne opprimée, inconsciente et prisonnière de l'oppression dont elle est victime et qui, en conséquence, en nie aveuglément l'existence. Par exemple, la femme qui met en doute ou nie la réalité du sexisme ou encore le conçoit comme un mythe ou une illusion à dissiper.

17. J. Stoddart, *supra* note 11.

du ROC¹⁸. De plus, depuis vingt ans, les facultés de droit du Québec accueillent vingt pour cent de plus d'étudiantes que les facultés du ROC.

L'argument du féminisme juridique «distinct» émane, en partie, de la nécessité d'un front commun pour préserver la spécificité de la nat/cult. La fragmentation due aux divisions et aux luttes internes menace le projet nat/cult. Cet argument «anti-confliktuel» n'appartient pas qu'au féminisme dans l'histoire politique québécoise. En effet, cette prétention survient dans les mouvements nat/cult à travers le monde, lorsque les féministes remettent en question le rôle subordonné que jouent les femmes dans ces luttes pour l'émancipation. Comme d'autres mouvements nationalistes, la nat/cult québécoise souffre d'une subordination généralisée des mouvements politiques progressistes au profit du projet émancipateur étatique.

Plusieurs féministes soutiennent, avec raison, que les femmes du Québec jouent un rôle de premier plan dans le projet nat/cult depuis sa création¹⁹. Cependant, la projection et le rejet d'une tradition - possiblement mythique - d'un féminisme anglo-saxon «confliktuel» risque de dissimuler plusieurs stratégies émancipatrices d'importance telles que celles faisant appel au débat ouvert ou aux confrontations constructives. De surcroît, une approche anti-confliktuelle risque de sous-estimer l'inefficacité potentielle de la manière féministe soi-disant québécoise, qui se veut subtile quoique persuasive. La pensée stratégique intersectionnelle implique le rejet de projections réductionnistes de «fausse conscience» et d'«agressivité» féministe, de même que de l'aspiration à un «front commun» nat/cult évinçant les revendications féministes.

18. H. Dumont, dir., *Femmes et Droit: 50 ans de vie commune... et tout un avenir*, Thémis, Montréal, 1993; Association du Barreau Canadien, *Les assises de la réforme: Égalité, diversité et responsabilité. Un rapport du Groupe de travail de l'Association du Barreau Canadien sur l'égalité des sexes dans la profession juridique*, Association du Barreau Canadien, Ottawa, 1993. En août 2004, les sites Internet des facultés de droit et des tribunaux du Québec et du ROC confirment cette constatation.

19. J. Stoddart, *supra* note 11; M. De Sève, «The Perspectives of Québec Feminists» dans Constance Backhouse & David H. Flaherty, *Challenging Times: The Women's Movement in Canada and the United States*, McGill-Queen's University Press, Montréal, 1992 à la p. 110.

C- Le contexte culturel des appartenances multiples

Nous, féministes québécoises, appuyons, à l'occasion, la thèse du féminisme juridique «distinct» en nous référant à la fois à l'histoire, aux origines culturelles divergentes du Québec et aux sources multiples d'influences intellectuelles. Les féministes reconnaissent l'impact de la littérature féministe juridique américaine sur le Québec. Néanmoins, certaines féministes québécoises croient à l'importance encore plus probante de l'influence intellectuelle européenne et française dans la pensée féministe du Québec²⁰. Le Québec se situe au croisement des idées nord-américaines et françaises sur la carte intellectuelle mondiale. Cependant, malgré l'influence indéniable des auteures françaises, les féministes québécoises semblent beaucoup plus influencées par les théoriciennes américaines que par leurs consoeurs de France.

Un échantillon que nous croyons valable, même s'il est un peu arbitraire, constitué à partir des sources citées par les auteures des *Cahiers de droit*²¹ et de l'*Alberta Law Review*²², fournit des données intéressantes pour l'analyse comparative. Évidemment, les auteures ne citent qu'un nombre limité des lectures, conversations et événements culturels déterminants pour leurs écrits. Néanmoins, la comparaison apporte un éclairage utile.

Si l'on en juge par les notes infrapaginales, les auteures des articles dans l'*Alberta Law Review*²³ subissent l'influence de leurs voisines du Sud, les théoriciennes américaines du droit, de façon beaucoup plus marquée que leurs consoeurs francophones. Par exemple, Sheila Noonan présente une excellente critique de l'essentialisme de Robin West, une juriste américaine. Noonan mentionne explicitement sa dette envers les théoriciennes de la critique raciale américaine²⁴. Les autres auteures de l'*Alberta Law Review* citent abondamment les théoriciennes féministes américaines. Dans l'*Alberta Law Review*, les

20. J. Stoddart, *supra* note 11.

21. *Supra* note 4.

22. *Supra* note 5.

23. *Ibid.*

24. S. Noonan, «Theorizing Connection» (1992) 30 Alta L. Rev. 737 à la note 78.

sources canadiennes-anglaises²⁵ sont ensuite les plus fréquemment citées. Dans plusieurs articles, les écrits d'autres pays anglo-saxons - particulièrement la Grande-Bretagne²⁶ - complètent la prédominance américaine. Cependant, certains articles ne citent aucune source américaine²⁷ alors que Ross et autres²⁸ se réfèrent uniquement à des sources canadiennes-anglaises. Les contributions féministes françaises et québécoises apparaissent rarement dans les articles de l'*Alberta Law Review*²⁹. En conséquence, le sentiment d'une communauté et de conversations féministes anglophones dépassant les frontières nationales à l'intérieur d'un monde anglo-saxon émerge nettement de la lecture de l'*Alberta Law Review*³⁰.

Si les féministes du ROC semblent participer à une discussion anglo-saxonne, les auteures québécoises, fidèles à leur sentiment d'appartenance multiple, tirent leurs idées de sources féministes à la fois américaines et européennes. En effet, les féministes québécoises se réfèrent à une variété de sources intellectuelles américaines, et de ce fait, participent, en français, aux débats anglo-saxons. Par exemple, comme leurs consœurs du ROC, les auteures québécoises citent Catharine MacKinnon et semblent influencées par elle, beaucoup plus que par aucune autre auteure prise individuellement³¹. Louise Langevin, dans les *Cahiers de droit*, semble tirer ses sources de réflexion principalement chez les Américaines³². Par formation, par habitude, ou encore

-
- 25. P. Kobly, «Rape Shield Legislation: Relevance, Prejudice and Judicial Discretion» (1992) 30 Alta L. Rev. 988; L. MacDonald, «The Violation of Women - Towards a Clearer Consciousness» (1992) 30 Alta. L. Rev. 900; K. Munro, «The Inapplicability of Rights Analysis In Post-Divorce Child Custody Decision Making» (1992) 30 Alta. L. Rev. 852.
 - 26. E. Hodgson, «Equal Pay for Work of Equal Value in Ontario and Great Britain : A Comparison» (1992) 30 Alta L. Rev. 926; A. Bunting, «Feminism, Foucault, and Law as Power/Knowledge» (1992) 30 Alta L. Rev. 829; K. Munro M. *supra* note 25.
 - 27. E. Hodgson, *supra* note 26.
 - 28. J. Ross et autres, «Women in the Class of 1979: Thirteen Years Later» (1992) 30 Alta L. Rev. 843.
 - 29. *Supra* note 5
 - 30. *Ibid.*
 - 31. J. Stoddart, *supra* note 11; M. Boivin, *supra* note 12; L. Langevin, *supra* note 12 à la p. 99; J. Bouchard, *supra* note 12 à la p. 125; S. Noonan, *supra* note 24 à la p. 719; S. Martin «Women as Lawmakers» (1992) 30 Alta L. Rev. 737; T. Scassa, *supra* note 15; K. Munro M., *supra* note 25; L. MacDonald G., «The Violation of Women - Towards a Clearer Consciousness» (1992) 30 Alta L. Rev. 900.
 - 32. L. Langevin, *supra* note 12.

à cause de leur sentiment d'appartenance multiple, les autres auteures des *Cahiers de droit*³³ citent une grande variété de sources américaines, européennes et anglo-canadiennes. Les auteures se citent aussi les unes les autres. À cet égard, l'excellent et exhaustif article «Le féminisme en capsule»³⁴ de Michelle Boivin constitue le texte le plus souvent cité.

Ainsi, les sources citées par les auteures des *Cahiers de droit*³⁵ semblent contredire la thèse d'un féminisme juridique «distinct» spécifiquement influencé par la théorie féministe française. Seule Michelle Boivin réfère au classique *Le deuxième sexe* de Simone de Beauvoir³⁶ et au célèbre *Droits des femmes, pouvoirs des hommes* d'Odile Dhavernas³⁷. Cette observation n'apporte aucune surprise étant donné la pénurie de doctrine juridique féministe en France. Il ne s'agit pas de déterminer si les féministes québécoises devraient ou non citer des classiques féministes, mais plutôt de constater que l'influence intellectuelle française semble moins prédominante que le mythe le suppose à prime abord. En effet, le mythe d'une influence intellectuelle à forte prédominance française sur le féminisme juridique québécois ne résiste pas à l'analyse. Néanmoins, les sources d'inspiration intellectuelle du féminisme québécois demeurent diversifiées, même si elles ne proviennent pas principalement de la France.

Singulièrement, aucune des auteures des *Cahiers de droit*³⁸ ne cite les trois grandes, Hélène Cixous, Luce Irigaray et Julia Kristeva, surnommées chez les anglo-saxonnes «New French Feminists» - dont les écrits influencent considérablement le monde féministe juridique anglo-saxon du ROC et d'ailleurs³⁹. Paradoxalement, à l'occasion, nous, féministes québécoises,

33. *Supra* note 4.

34. M. Boivin, «Le féminisme en capsule» (1992) *Revue femmes et droit* 357 cité dans J. Stoddart *supra* note 11; N. Des Rosiers, *supra* note 13; L. Langevin, *supra* note 12, J. Bouchard, *supra* note 12.

35. *Supra* note 4.

36. S. de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, Paris, Éd. Gallimard, 1949.

37. O. Dhavernas, *Droits des femmes, pouvoirs des hommes*, Paris, Éd. du Seuil, 1978.

38. *Supra* note 4.

39. M. Joe Frug, *Postmodern Legal Feminism*, New York, Routledge, 1992; P. Williams, *The Alchemy of Race and Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1991; D. Cornell, *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law*, New York, Routledge, 1991; D. Cornell, *Transformations: Recollective Imagination and Sexual*

cherchons notre inspiration chez des auteures anglophones qui elles-mêmes subissent l'influence décisive de la théorie française, et particulièrement de la théorie féministe française. Ainsi, l'influence française nous revient par l'intermédiaire de sa lecture anglophone⁴⁰.

Même cette analyse rapide des notes infrapaginales apporte sur les influences intellectuelles qui s'exercent sur le féminisme juridique au Québec et dans le ROC un point de vue différent de ce que laisserait prévoir la thèse du féminisme juridique «distinct». Plusieurs conclusions alternatives découlant de cette observation pourraient faire l'objet d'une étude intersectionnelle: a) les féministes du Québec et du ROC lisent la littérature américaine différemment; b) les féministes du Québec et du ROC participent différemment - et parfois de façon similaire - aux débats anglo-saxons; c) la variété même des sources intellectuelles à partir desquelles les féministes québécoises tirent leurs idées contribue - ou non - à l'émergence d'un féminisme juridique «distinct». Quoi qu'il en soit, nous souhaitons attirer les féministes du Québec et du ROC plus loin vers la pensée stratégique intersectionnelle, en liant ces différentes influences intellectuelles à la disponibilité et à l'utilité de stratégies divergentes dans différents contextes. Si le féminisme juridique «distinct» existe, quelles sont les stratégies favorisées ou entravées par les différentes influences intellectuelles? En dernière analyse, nous croyons que les féministes du Québec et du ROC pourraient imaginer des stratégies pour étendre leur portée intellectuelle par l'effet d'une «contamination» mutuelle.

Difference, New York, Routledge, 1993; A. Bottomley, dir., *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, London, Cavendish, 1996.

40. Par exemple, voir M. Joe Frug, *supra* note 39 citée dans N. Des Rosiers, *supra* note 13.

D- Subordination et dissociation

Finalement, plusieurs féministes allèguent que l'analyse féministe anglo-saxonne radicale de la subordination des femmes ne correspond pas à la culture et à l'histoire québécoises. Selon cet argument, les hommes du Québec, plus - ou tout au moins autant - que les femmes, ont souffert de «l'infériorité historique» liée à la Conquête anglaise «masculine». Toujours dans la même ligne de pensée, les effets de la Conquête produisirent une hiérarchie entre les conquérants et les conquis profondément ressentie par les hommes québécois. Ces blessures intenses infligées aux hommes par la Conquête auraient affecté de façon significative la hiérarchie patriarcale dans les relations hommes/femmes de la société québécoise⁴¹. Cet argument surgit également dans les luttes nat/cult partout au monde et exprime souvent des vérités profondes. Au Québec, il oppose une conception anglo-saxonne de l'exclusion et de l'infériorité des femmes dans les sociétés patriarcales, à l'idéal nat/cult classique d'un partenariat entre hommes et femmes afin de surmonter les effets de la Conquête. Implicitement, cet appel évoque les mythes nat/cult de l'identité sexuelle de la «matriarche» québécoise et de son quelque peu fragile partenaire, désigné parfois d'«homme rose». Simultanément, ce raisonnement renvoie au stéréotype des relations «latines» hommes/femmes, définies en termes de séduction, de sexualité et de désirs, ensemble d'attitudes qui se marie mal avec le cadre combatif des champs de bataille anglo-féministes.

Comme nous l'avons dit plus haut, les féministes du Québec déploient stratégiquement la thèse du féminisme juridique «distinct» à partir d'une projection d'une identité anglo-féministe «conflictuelle». Elles se dissocient de cette image anglophone par la rhétorique nat/cult et par un sentiment d'appartenance complexe à la famille culturelle latine. Les femmes québécoises adhèrent aux stéréotypes «latins» de la «féminité» à cause, d'une part, d'une vive allégeance, même si celle-ci est en décroissance, à un passé français lointain et, d'autre part, d'un désir d'affirmer leur spécificité sur le continent nord-américain. En même temps, elles rejettent le sexisme choquant associé aux cultures françaises et latines. De plus, l'emprise du «passé français» diminue au fur et à mesure que la proportion de femmes québécoises sans

41. J. Stoddart, *supra* note 11.

attache historique ou «ethnique» à la France décroît. Enfin, ce «passé français» ne comporte aucune signification positive pour les femmes des Premières Nations. Ainsi, les processus de projection et de dissociation, appliqués par rapport à l'anglo-féminisme, opèrent également en relation avec les cultures françaises et latines. L'influence nord-américaine rend les femmes québécoises critiques à l'endroit du sexisme fruste prévalant dans les cultures «soeurs». En se dissociant à la fois de «l'anglo-féminisme combatif» et de la «féminité latine», les femmes et les féministes québécoises tentent d'inventer leur propre identité intersectionnelle.

Nous célébrons ces efforts stratégiques de projection, de dissociation et de distinction, qui réussissent à créer une identité féministe seyant au contexte québécois. Cependant, ces mécanismes doivent conserver la conceptualisation instrumentale qui leur appartient et ainsi demeurer ce qu'ils sont, c'est-à-dire des stratégies.

Conclusion

Se concentrer séparément sur les frontières identitaires traditionnelles de la différence sexuelle et du nationalisme risque de subordonner soit les luttes féministes aux revendications nat/cult, soit les doléances nat/cult aux protestations féministes. Cette subordination survient parce que les frontières d'une lutte camouflent ou rendent invisibles les réclamations faites au nom de l'autre lutte. Par exemple, les demandes nat/cult peuvent être ignorées par des analyses féministes internationales à l'ère et à l'heure de la mondialisation. Réciproquement, les mouvements nat/cult remettent souvent les réclamations féministes à la période suivant la libération plutôt que de les intégrer au processus d'émancipation; soit une remise potentielle aux «calendes grecques». Éviter de prendre en considération l'impact des doubles allégeances des féministes du Québec et du ROC limite aussi la possibilité de compréhension mutuelle et de dialogues constructifs. Cependant, la pensée stratégique n'implique pas qu'un consensus sur les buts sera atteint. Les stratégies distinctes demeurent inévitables, de même que les discordes tant politiques qu'idéologiques, quant aux tactiques à adopter dans des contextes séparés. Néanmoins, de tels conflits comportent aussi des possibilités d'imaginer et de déployer des stratégies intersectionnelles plus créatives et originales précisément à cause des luttes et des coalitions qu'ils engendrent.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ ÉCOLOGIQUE
FAUSSE OU TROMPEUSE AU CANADA : UNE NÉCESSITÉ POUR LA
RÉALISATION DU POTENTIEL DE LA CONSOMMATION
ÉCOLOGIQUE ?

Auteur(s) : Louis-Philippe LAMPRON

Revue : RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : 449-519

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11944>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11944>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ ÉCOLOGIQUE FAUSSE OU TROMPEUSE AU CANADA : UNE NÉCESSITÉ POUR LA RÉALISATION DU POTENTIEL DE LA CONSOMMATION ÉCOLOGIQUE?

par Louis-Philippe LAMPRON*

La prolifération d'une multitude de déclarations écologiques de toutes sortes, dont la teneur ne peut généralement pas être vérifiée par un non-expert, aurait contribué à la montée d'un certain scepticisme chez les éco-consommateurs canadiens et nuirait à l'essor de la consommation écologique. Ce constat nous a mené à étudier l'hypothèse suivante : serait-il possible qu'un resserrement juridique de l'actuel cadre normatif entourant la publicité écologique au Canada, principalement au niveau du contrôle de la véracité des déclarations écologiques en général, constitue une des solutions aux difficultés relatives à l'essor de la consommation écologique au sein des marchés canadiens et, par le fait même, favorise la mise en œuvre du développement durable au Canada?

*. L'auteur vient tout juste de terminer ses études de deuxième cycle à la Faculté de droit de l'Université Laval. Son mémoire de maîtrise, remis à la Faculté des études supérieures pour évaluation le 27 août 2004, était intitulé *L'encadrement juridique de la publicité et de l'étiquetage écologiques : une voie vers la mise en œuvre du développement durable au Canada?* Présentement en stage au Bureau international du travail, l'auteur compte entreprendre des études de troisième cycle en droit dès l'automne 2005. L'auteur tient à remercier chaleureusement Madame Sophie Lavallée, professeure adjointe à la faculté de droit de l'Université Laval, pour la très précieuse aide apportée à la réalisation de cet article. L'auteur tient également à souligner l'apport du *Centre Interuniversitaire de Référence sur l'Analyse, l'Interprétation et la Gestion du Cycle de vie des produits, procédés et services* (CIRAIG) de même que du *Fonds d'action québécois pour le développement durable* (FAQDD), qui ont financé une partie des recherches nécessaires à la réalisation du mémoire de maîtrise à la base du présent article.

450 *L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada: une nécessité* (2005) 35 R.D.U.S. pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique?

The proliferation of declarations concerning green marketing practices, the significance of which cannot be verified by the ordinary consumer, has likely contributed to a growing scepticism on the part of ecologically-conscious consumers and has hindered the development of green consumerism in Canada. Recognition of this fact leads to an examination of the question whether a tightening of normative provisions governing green marketing presently in force in Canada, especially with regard to controlling the truthfulness of ecological declarations in general, could constitute one solution to difficulties encountered in the development of green consumerism in Canadian markets and thus favour the implementation of sustainable development in this country.

(2005) 35 R.D.U.S.	<i>L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada : une nécessité pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique?</i>	451
--------------------	---	-----

SOMMAIRE

Première partie :	À la recherche de produits et services «verts» : l'information comme fondement d'une consommation écologique effective.	459
1.1.	La consommation écologique : évolution, potentiel et état de la situation au Canada	459
1.2.	Les éco-consommateurs et la publicité écologique : en quête de repères.	464
1.2.1.	Les différents cas répertoriés de «maquillage vert»	466
1.2.2.	La publicité écologique : un bien d'expert	468
Deuxième partie :	L'encadrement normatif de la publicité écologique en droit canadien	471
2.1.	État du droit fédéral sur la question de la publicité écologique	473
2.1.1.	Publicité écologique et Bureau de la concurrence : le rôle du Commissaire de la concurrence	478
2.1.1.1.	Principes et lignes directrices sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité	480
2.1.2.	Recours sous l'article 52 (1) de la <i>Loi sur la concurrence</i>	483
2.1.3.	Les recours civils de la partie VII.1 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	487
2.1.3.1.	Recours sous l'article 74.01 (1) (a) de la <i>Loi sur la concurrence</i>	489
2.1.3.2.	Recours sous l'article 74.01 (1) (b) de la <i>Loi sur la concurrence</i>	489

2.2.	État du droit québécois sur la question de la publicité écologique : Le régime de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	492
2.2.1.	Les recours contractuels	495
2.2.2.	Les recours administratifs	496
2.2.3.	Les recours pénaux	498
2.3.	Lacunes et difficultés	499
 Troisième partie : Quand les dispositions générales ne suffisent pas : proposition de réglementation spécifique au contrôle de la publicité écologique fausse ou trompeuse		
3.1.	Droit fédéral : réglementer l'émission des <i>déclarations</i> écologiques	504
3.1.1.	Court terme : établir des règles contraignantes pour les entreprises désirant émettre une <i>déclaration</i> écologique	505
3.1.2.	Moyen ou long terme : instaurer un régime similaire à celui qui a été établi pour l'étiquetage des aliments biologiques par la <i>Loi sur les appellations réservées</i>	508
3.2.	Droit québécois : faciliter les recours des éco-consommateurs individuels	509
3.3.	Restrictions à la liberté d'expression commerciale des entreprises?	512
CONCLUSION		516

Since global warming is a «scientific» problem, it is assumed that it must have a scientific solution. [...] More attention is paid to ways of mitigating the effects of global warming, than to its causes in human behaviour and choices, the underlying social commitments which make up our daily lives.

Micheal Redclift

*Sustainable Development : Economics and the Environment*¹

Protection de l'environnement, comportement écologique, partis politiques «verts», conscience environnementale... toutes ces expressions peuvent aujourd'hui sembler communes à un grand nombre de canadiennes et canadiens tant elles font partie intégrante de notre quotidien. L'intégration de la question environnementale au cœur des systèmes d'éducation actuels a atteint un niveau tel, qu'il serait aujourd'hui assez facile de se convaincre que le caractère précieux et limité des ressources naturelles, desquelles nous tirons notre subsistance, est, et a toujours été, universellement reconnu. Rien ne serait pourtant plus faux.

Bien qu'il soit vrai que l'intérêt de l'humanité pour le milieu qui l'entoure ne date pas d'hier², la perspective avec laquelle on envisage aujourd'hui notre rapport aux ressources naturelles a évolué de façon dramatique au cours des trente dernières années. Depuis la fin du XVII^{ème} siècle, l'émergence du libéralisme, fondé sur la très cartésienne foi au progrès et au développement technologique³, a en effet amené l'être humain à concentrer la

-
1. M. Redclift, «Sustainable Development : Economics and the Environment» dans M. Redclift et C. Sage, dir., *Strategies for sustainable development*, New-York, John Wiley & Sons, 1994, 17 à la p. 30.
 2. Certains auteurs font même remonter au XIV^{ème} siècle les fondements de l'écologie en tant que science. Voir à ce propos : P. Matagne, *Comprendre l'écologie et son histoire*, Paris, Delachaux et Niestlé, 2002 aux pp. 14-16; J.-P. Deléage, *Histoire de l'écologie : une science de l'homme et de la nature*, Paris, La Découverte, 1992 aux pp. 5-10.
 3. «... connaissant la force et les actions du feu, de l'eau, de l'air, des astres, des cieux et de tous les autres corps qui nous environnent, aussi distinctement que nous connaissons les divers métiers de nos artisans, nous les pourrions employer en même façon à tous les usages auxquels ils sont propres, et ainsi nous rendre comme maîtres et possesseurs de la nature.»

quasi-totalité de ses efforts sur la recherche de moyens permettant de dominer la nature, alors considérée comme une source inépuisable de matériel⁴.

Cette véritable obnubilation du développement et de la croissance a eu pour conséquence de repousser, très loin à l'arrière-plan, toute forme de questionnement quant à la potentielle finitude des ressources de la planète et à l'incidente nécessité de les protéger. De surcroît, comme si la toute-puissance du courant productiviste ne représentait pas un obstacle suffisant, les plus précoces défenseurs de l'environnement durent également composer, ce qu'ils doivent d'ailleurs toujours faire, avec les problèmes de perception liés à l'apparente dichotomie entre le droit de l'environnement et les libertés individuelles.

Comme trop souvent, c'est la survenance de différentes catastrophes⁵ - et la peur de leur répétition, aggravation ou conséquences à court terme - qui a principalement permis aux environmentalistes de faire inclure le thème de la protection de l'environnement, et ensuite celui du développement durable, au sein de la sphère des préoccupations impérieuses de notre époque. Comme l'ont écrit, à bon droit, les auteurs Barry Sadler et Peter Jacobs : «Le principe moteur de la recherche d'un développement durable et des moyens de le réaliser est la conviction de plus en plus profonde de l'imminence d'une crise environnementale»⁶.

-
4. [nos italiques] : R. Descartes, *Discours de la méthode*, Anjou, CEC, 1996 aux pp. 81-82.
C. De Laet, «Aperçu philosophique du développement durable» dans B. Sadler et P. Jacobs, dir., *Développement durable et évaluation environnementale : perspectives de planification d'un avenir commun*, Hull, Conseil canadien sur l'évaluation environnementale, 1990, 173 à la p. 176.
 5. Entre autres : la découverte, au Japon, de la maladie de Minamata, découlant de l'ingestion de poissons contaminés au mercure (1956); les naufrages des pétroliers *Torrey Cannon*, au large de l'Angleterre (1967), *Arrow*, au large de la Nouvelle-Écosse (1970) et *Exxon Valdez*, au nord de l'Alaska (1989); la tragédie découlant de la fuite de gaz d'une usine d'*Union Carbide* à Bhopal, en Inde (1984); les accidents nucléaires de *Three Mile Island*, aux États-Unis (1979) et de *Tchernobyl*, en Ukraine (1986).
 6. B. Sadler et P. Jacobs, «Définir les rapports entre l'évaluation environnementale et le développement durable : la clé de l'avenir» dans B. Sadler et P. Jacobs, dir., *supra* note 4 à la p. 5.

Quel coupable pour tous ces troubles? Le rythme de vie et de consommation des habitants des pays industrialisés a rapidement été désigné comme un des grands responsables des actuels problèmes liés à la dégradation de l'environnement⁷. Pour reprendre une image consacrée, si tous les habitants de la planète consommaient au rythme des personnes vivant dans les pays industrialisés, deux planètes supplémentaires seraient nécessaires pour subvenir aux besoins de tous et chacun⁸. Cette prise de conscience a mené à ce que la réputée économiste britannique Frances Cairncross a qualifié, en 1993, de «changement le plus radical des habitudes des consommateurs que les commerçants et fabricants aient jamais connu»⁹ : la consommation écologique¹⁰.

En effet, plusieurs études démontrent que, de plus en plus conscients des enjeux relatifs à la dégradation de l'environnement et de l'impact que leurs actions individuelles sont susceptibles d'avoir à ce sujet, une proportion importante d'habitants des pays industrialisés, dont le nombre ne cesse de croître depuis le début des années 70¹¹, auraient modifié plusieurs de leurs habitudes quotidiennes (achats de produits et services, recyclage domestique, etc.) et

-
7. «The German Federal Environmental Agency estimates that at least 30 to 40 percent of all environmental problems are directly or indirectly the result of existing consumption patterns.» : A. Jordan, R. Wurzel, A. R. Zito et L. Brückner, «Consumer responsibility-taking and eco-labelling schemes in Europe» dans A. Follesdal, D. Stolle et M. Micheletti, dir., *Politics Products and Markets: exploring political consumerism, past and present*, Somerset, Transaction publishers, 2003 à la p. 161. Voir aussi : IUCN, PNUE et WWF, *Sauver la planète*, Gland, IUCN, 1991 aux pp. 47-48; OCDE, *Vers des modes de consommation durables : le point sur les initiatives des pays membres*, Paris, OCDE, 1998 à la p. 7.
 8. C. Villeneuve, «Chérie, devrait-on s'acheter une deuxième planète?», (printemps 1995) 16 *Écodécision* 4. Voir aussi : D. J. Johnston, «Un plan de travail pour faire du développement durable une réalité», (automne 2002) 3 *Revue canadienne de recherche sur les politiques* 25 à la p. 27.
 9. F. Cairncross, *Les Marchés verts : réconcilier croissance économique et écologie*, Paris, d'Organisation, 1993 à la p. 171.
 10. Que nous désignerons également par les expressions : «consommation verte» et «éco-consommation» tout au long du présent article.
 11. L. Boy, «L'écotiquet communautaire, un exemple de droit post-moderne», (1996) 10 *Revue internationale de droit économique* 69 à la p. 70; F. Tanguay, «Maquillage vert ou développement durable : l'entreprise relèvera-t-elle le défi?» dans C. Gendron et M. Provost, dir., *Actes du Colloque Entreprise et développement durable : opérationnaliser le développement durable au sein de l'entreprise*, Montréal, ACFAS, 1996 à la p. 35.

intégreraient désormais, à un degré plus ou moins important, le facteur «impact environnemental» à leur mode de vie courant¹².

L'impact potentiel de ces «éco-consommateurs»¹³ n'est certes pas passé inaperçu sur le marché, tant auprès de l'entreprise privée que des instances gouvernementales¹⁴. Aussi put-on assister à l'émergence de deux types de procédés, aux finalités diamétralement opposées l'une de l'autre.

D'un côté, constatant l'incompatibilité évidente entre la vision traditionnelle de l'économie et l'instauration de mesures effectives de développement durable¹⁵, plusieurs groupes concernés par la protection de l'environnement imaginèrent des mécanismes «visant à exploiter les marchés pour atteindre des objectifs environnementaux»¹⁶. Sur le versant opposé toutefois, la progression du nombre de consommateurs écologiques a également été considérée – et utilisée – comme une simple «occasion d'affaires». Confrontées à l'émergence et à l'expansion des «marchés verts», plusieurs entreprises tentèrent d'attirer les éco-consommateurs en s'attribuant «une image verte pour conserver leur part de marché, sans réellement modifier leurs procédés de fabrication ou leurs produits. C'est cette pratique qualifiée de “maquillage vert”»¹⁷.

12. C. P. Duhaime, G. S. Kindra, M. Laroche et T. E. Muller, *Le comportement du consommateur*, 2^e éd., Boucherville, Gaétan Morin Éditeur, 1996 à la p. 567; K. C. Cavanagh, «It's a Lorax kind of Market! But is it a sneetches Kind of solution?: a critical review of current laissez-faire environmental marketing regulation» (1998) 9 *Villanova Environmental Law Journal* 133 aux pp. 133-134;

13. Qu'on peut également appeler : «consommateurs écologiques», «consommateurs verts» ou «citoyens verts».

14. J. A. Grodsky, «Certified Green: The Law and Future of Environmental Labeling» (Winter 1993) 10 *Yale Journal on Regulation* 147 à la p. 149.

15. C. Gendron et M. Provost, «Les entreprises et le développement durable», dans C. Gendron et M. Provost, *supra* note 11 à la p. 7.

16. CCE, *Pour des marchés verts : Étiquetage, certification et acquisition écologique au Canada, au Mexique et aux États-Unis*, Montréal, CCE, 1999 à la p. 2.

17. F. Tanguay, *supra* note 11.

La prolifération rapide de déclarations écologiques de toutes sortes, dont la teneur ne peut généralement pas être vérifiée par un non-expert¹⁸, combinée au manque d'assurance quant à la crédibilité des renseignements fournis¹⁹, semble avoir provoqué une montée de scepticisme au sein du groupe des éco-consommateurs nord-américains²⁰. Limités dans leur capacité de distinguer les déclarations écologiques imprécises ou déloyales («maquillage vert») des déclarations crédibles de préférence environnementale, ceux-ci, trop souvent, ne passent pas de la parole aux actes²¹ et ce faisant, empêchent la réalisation du potentiel de la consommation écologique.

Les difficultés éprouvées par les consommateurs écologiques canadiens lors de l'identification des produits et services «verts» nous amènent à nous poser deux questions sur l'efficacité du cadre normatif applicable au Canada : *Fournit-il aux éco-consommateurs des moyens de s'assurer du bien-fondé ou de la crédibilité des informations qu'on leur fournit? Si oui, ces moyens sont-ils suffisants?*

En effet, et contrairement à ce qu'un collectif d'auteurs spécialisés en consommation avait prévu en 1996²², aucune norme contraignante n'a été mise en vigueur pour venir appuyer les consommateurs écologiques canadiens. Mis

-
18. A. Nadaï, «Les conditions de développement d'un écolabel de produit» (Juillet 1997) 7 *Responsabilité & Environnement* 15 à la p. 19; F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 185.
 19. A. Gesser, «Canada's Environmental Choice Program : a Model for a "Trade-Friendly" Eco-Labeling Scheme» (1998) 39 *Harvard International Law Journal* 501 aux pp. 502 et 512.
 20. J.-M. Yang, «Effectiveness of Labeling Programs : a Consumer Perspective», (2003) 49 *Consumer interests annual* 1, en ligne: <http://consumerinterests.org/public/articles/LabelEffectiveness_03.pdf> (page consultée le 6 août 2004). Voir aussi : CCE, *supra* note 16 à la p. vii; M. J. Polonsky, J. Bailey, H. Baker, C. Basche, C. Jepson et L. Neath, «Communicating Environmental Information : Are Marketing Claims on Packaging Misleading?» (1998) 17 *Journal of Business Ethics* 281.
 21. CCE, *supra* note 16 aux pp. 5-6; L. Draetta, «Le décalage entre attitudes et comportements en matière de protection de l'environnement» dans C. Gendron et J.-G. Vaillancourt, dir., *Développement durable et participation publique : de la contestation écologique aux défis de la gouvernance*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 2003, 79 aux pp. 88-89. G. Cestre et D. Marguerat, *Écolabels et consommation : variables intervenant dans le processus d'achat*, Lausanne, HEC, 2003 aux pp. 34-51.
 22. C. P. Duhaime et autres, *supra* note 12.

à part certains cas particuliers, tombant sous l'égide de lois spécifiques²³, les ressources juridiques pertinentes aux questions de publicité écologique se limitent donc essentiellement à quelques dispositions générales provenant de deux lois, soit la *Loi sur la concurrence*²⁴ et la *Loi sur la protection du consommateur*²⁵.

Une première analyse des informations, sources et données pertinentes en la matière nous permet de formuler l'hypothèse suivante : le resserrement juridique de l'actuel cadre normatif entourant le contrôle de la véracité des déclarations écologiques en général pourrait constituer une des solutions aux difficultés relatives à l'essor de la consommation écologique au sein des marchés canadiens et, par le fait même, favoriserait la mise en œuvre du développement durable au Canada.

Dans le but de nous doter des ressources nécessaires à la vérification de l'hypothèse énoncée, une démarche en trois étapes s'avérera nécessaire. Ce choix méthodologique trouve d'ailleurs résonance dans la division du présent article en trois parties, soit : une première partie préliminaire, une seconde analytique et une troisième, critique et prospective.

Le caractère préliminaire de la première partie nous permettra d'asseoir les fondements théoriques nécessaires à la vérification de l'hypothèse. Ainsi, avant de procéder à l'étude du cadre normatif applicable au Canada, il semblait primordial de nous attarder aux thèmes de base de cet article, à savoir le potentiel de la consommation écologique, en tant que stratégie visant à favoriser le «virage durable» au Canada, et les difficultés rencontrées par les consommateurs canadiens désirant procéder à des achats «verts».

Nous tâcherons ensuite, en deuxième partie, d'analyser le cadre normatif canadien applicable au contrôle de la publicité écologique. Pour ce faire, nous

23. *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. 1985, c. C-38, art. 7; *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27, art. 5; *Loi sur l'étiquetage des textiles*, L.R.C. 1985, c. T-10, art. 5; *Loi sur les produits alimentaires*, L.R.Q. c. P-29, art. 4.

24. L.R.C. 1985, c. C-34, art. 52 et 74.01.

25. L.R.Q. c. P-40.1, art. 219-221.

étudierons donc les principales dispositions réglementaires, normes privées, décisions jurisprudentielles et lignes directrices pertinentes²⁶ en matière de publicité verte au Canada.

Finalement, la troisième partie nous permettra d'étudier deux pistes de solutions potentielles quant à la redéfinition des normes applicables au contrôle des différentes déclarations écologiques, soit : (1) la mise sur pied d'un régime réglementaire visant à contrôler l'émission des différentes formes de *déclarations* écologiques et (2) l'élaboration de mesures facilitant les recours des *éco-consommateurs* individuels lors d'un potentiel litige impliquant une publicité verte à caractère faux ou trompeur.

**Première partie : À la recherche de produits et services «verts» :
l'information comme fondement d'une
consommation écologique effective.**

**1.1. La consommation écologique : évolution, potentiel et état de la
situation au Canada**

Née en Europe avant de traverser l'Atlantique pour entraîner les habitants de l'Amérique du Nord avec elle²⁷, la vague de «consommation verte» s'est rapidement étendue, toutes proportions gardées, à l'ensemble des pays industrialisés. Comme frappés par la foudre, un bon nombre de consommateurs occidentaux se mirent soudainement à exiger des entreprises qu'elles montrent «patte blanche» en matière environnementale, perdant de vue deux éléments fondamentaux : (1) il est impossible qu'une entreprise puisse montrer autre chose qu'une «patte souillée» lorsqu'il est question d'impacts environnementaux

26. Entre autres : INDUSTRIE CANADA, *Principes et lignes directrices sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité*, Ottawa, Gouvernement du Canada, Juillet 1993; NCP, *Code canadien des normes de la publicité*, Sherbrooke, NCP, 2003, en ligne : <www.adstandards.com/fr/Standards/adstandards.asp> (page consultée le 6 août 2004).

27. Y. Gabriel et T. Lang, *The unmanageable consumer*, Londres, Sage Publications, 1995 à la p. 164; F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 171.

reliés à ses activités²⁸ et (2) les réformes auxquelles les éco-consommateurs aspiraient devaient, pour être réalisables à court terme, pouvoir s'intégrer aux règles du marché et non pas s'y opposer.

En effet, au début des années soixante-dix, une certaine proportion des premiers consommateurs verts prônaient l'adoption de mesures radicales allant jusqu'à la cessation complète de la consommation au sein des sociétés industrialisées²⁹. Ce faisant, ils s'attaquaient directement aux bases mêmes du capitalisme et ne pouvaient évidemment pas s'attendre à une quelconque collaboration des membres du secteur industriel. Utopique³⁰, cette manière de considérer la consommation écologique ne put tenir longtemps la route et, confortés par la reconnaissance du concept de développement durable, c'est vers la recherche de solutions intégrant environnement et économie que se tournèrent les consommateurs écologiques.

Selon Marie-Christine LaHaye, docteure en sciences et chargée de mission à *Inter-Environnement Wallonie*, il est possible de définir la consommation écologique comme «une consommation réfléchie qui tient compte de l'impact qu'elle exerce sur l'environnement»³¹. Nous partageons cette opinion qui, à notre avis, tient compte de la réalité des marchés actuels en permettant une démarche par paliers³² qui rend envisageable, à moyen ou long

28. En effet, que chaque activité humaine, de la simple respiration à la combustion de déchets toxiques, produit nécessairement des implications environnementales dont l'importance varie.

29. Y. Gabriel et T. Lang, *supra* note 27 à la p. 164; *animal et l'homme*, Sarthes, Grasset, 1992, 25 à la p. 32; C. Merchant, *Radical Ecology : The search for a livable world*, New-York, Routledge, 1992 aux pp. 85-89.

30. Il est aujourd'hui clair que la participation du secteur industriel est essentielle à la mise en oeuvre du développement durable. À ce propos : F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 160.

31. M.-C. Lahaye, «Le consommateur et les produits "verts"», (printemps 1995) 16 *Écodécision* 60 à la p. 62.

32. Il importe ici de préciser que, selon nous, le principe de consommation écologique ne doit pas, à court terme, être limité, ni viser directement, à la réduction du rythme de consommation. Seront ainsi considérées comme des éco-consommateurs, des personnes qui, sans nécessairement réduire leur rythme de consommation, modifieraient leurs habitudes pour procéder à l'achat de produits et services plus respectueux de l'environnement. En ce sens, la consommation écologique ne doit pas être confondue, pour le moment du moins, à la philosophie baptisée «simplicité volontaire». À propos de la simplicité volontaire, voir : Serge Mongeau, *La simplicité volontaire, plus que jamais*, Montréal, Écosociété, 1998.

terme, l'objectif primordial de réduire le rythme de consommation des sociétés occidentales dans le futur³³. Cet angle avec lequel on doit aujourd'hui considérer l'éco-consommation peut aisément se résumer par la question posée, en 1995, par Claude Villeneuve, alors rédacteur en chef du mensuel *Écodécision* : «s'il est impossible de s'arrêter de consommer, comment peut-on le faire de façon écologiquement plus viable?»³⁴

Compte tenu des préoccupations qui sont à la base du présent article³⁵ et du rôle «préliminaire» que nous attribuons au principe de la consommation écologique, il nous semblait primordial – ou à tout le moins intéressant – de nous demander si le fait de favoriser la consommation écologique pouvait être susceptible de produire, à court terme, des effets concrets dans la mise en œuvre du développement durable. C'est que, par la composition du groupe de ses adeptes³⁶, le principe de l'éco-consommation peut facilement laisser perplexe. En analysant la situation d'un point de vue international, il paraît en effet assez tentant de comparer l'éco-consommateur typique à une personne qui, d'une main, caresse un bébé alors que de l'autre, elle lui vole ses bonbons. Cette métaphore cynique permet de bien saisir la principale réserve émise quant à l'efficacité de ce nouveau mode de vie en tant qu'outil de développement durable : comment justifier que les habitants des pays industrialisés, grands responsables de la surconsommation et de la dégradation de l'environnement, puissent également être les citoyens les plus «verts» et les champions en matière de réduction des impacts environnementaux découlant des activités de consommation³⁷?

33. «To achieve any goal of sustainable development, rich Northern consumers will have to reduce their consumption of the earth's resources.» : Y. Gabriel et T. Lang, *supra* note 27 à la p. 183.

34. C. Villeneuve, *supra* note 8; Voir aussi : F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 174-175; a K. McClure, «Environmental marketing : a call for legislative action» (1995) *Santa Clara Law Review* 1351..

35. *Supra* à la p. 6.

36. J. Marchand, «Le marketing environnemental» dans R. Brûlotte, dir., *Environnement, Économie et entreprise*, Sainte-Foy, Télé-Université, 1995, 303 à la p. 305.

37. W. Coddington, *Environmental marketing : positive strategies for Reaching the Green Consumer*, Washington, McGraw-Hill, 1993 aux pp. 79-85; *ibid.* aux pp. 305-309.

Il s'agit en fait d'une belle illustration de ce qu'on appelle le «paradoxe du développement technologique»³⁸. Titulaires d'un niveau d'éducation plus élevé, d'un accès plus grand et plus facile à de l'information spécialisée concernant la question environnementale ainsi que d'un pouvoir d'achat moyen plus élevé que les habitants du reste du globe, les consommateurs provenant des pays industrialisés sont ainsi les plus susceptibles, en adoptant des attitudes de consommation «plus écologiques», de produire un impact substantiel sur la préservation des ressources naturelles et le ralentissement de la dégradation de celles-ci. Ainsi, non seulement le choix de valoriser la consommation écologique au Canada permettrait de franchir une première étape vers la réduction du rythme de consommation des citoyens canadiens³⁹, mais elle produirait aussi un impact tangible, à court terme, en tant que mesure de mise en œuvre du développement durable⁴⁰.

Statistiquement parlant, une proportion non négligeable des habitants des pays industrialisés affirment faire partie, à un degré plus ou moins important, du groupe des éco-consommateurs⁴¹. Au Canada, les auteurs Daniel Normandin et Sophie Lavallée nous apprennent que, selon une étude réalisée par *Statistiques Canada* en 1992, plus de 65% des consommateurs canadiens affirmaient se soucier des impacts environnementaux reliés à leurs habitudes d'achat de produits et services⁴². Plus tard, en 1996, un collectif d'auteurs spécialisés en

38. «L'industrie cause des dommages écologiques, mais offre également le principal moyen de les réparer.» : F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 162.

39. A. Gesser, *supra* note 19 à la p. 515.

40. «Le fait d'encourager les consommateurs à acheter des produits moins nuisibles devrait permettre de réduire l'incidence sur l'environnement dans l'ensemble. C'est, d'ailleurs, le plus important avantage des programmes d'étiquetage.» : OCDE, *L'étiquetage écologique des produits dans les pays de l'OCDE*, Paris, OCDE, 1991 à la p. 13. Voir aussi : DIVISION DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Action 21*, en ligne : <<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm>> (page consultée le 6 août 2004).

41. F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 172-174; A. Comolet, «Toujours plus verts!» (1995) 16 Écodécision 42; OCDE, *supra* note 40 aux pp. 11-12; J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 310; GEN, *The Ecolabelling Guide: A Guide to Ecolabelling Around the World*, Ottawa, GEN, 1999 à la p. 26.

42. S. Lavallée et D. Normandin, «La gestion du cycle de vie des produits et services comme outil de développement durable : concepts de base, applications et incidence sur l'étiquetage et le droit de l'environnement» dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville,

matière de consommation, et dirigé par Carole P. Duhaime, publiait les informations suivantes :

Lorsque les chercheurs et les enquêteurs leur demandent s'ils sont prêts à agir de manière à protéger l'environnement, une grande majorité des Canadiens répondent qu'ils sont prêts à : modifier leur style de vie (86%), utiliser les bacs à recyclage (68%), acheter du papier non blanchi (94%), payer 10% de plus pour des produits «verts» vendus en épicerie (75%) et 5 cents de plus par litre pour de l'essence moins polluante (71%), retourner les contenants (54%), et payer 250 \$ par année pour le traitement des eaux usées (58%).

[...]

Des études montrent que certains consommateurs canadiens se comportent d'une manière bénéfique pour l'environnement : ils évitent d'acheter des produits suremballés (64%) et le polystyrène (63%); ils séparent leurs déchets par catégories (52%); ils font du covoiturage, utilisent une bicyclette, prennent les transports en commun ou marchent (37%); ils n'achètent plus de produits en plastique jetables (33%) et du thon (10%). De plus, le nombre de programmes de recyclage augmente et la participation des consommateurs à ces programmes semble être largement répandue...⁴³

L'énoncé de telles statistiques devrait nous permettre d'affirmer que le principe de l'éco-consommation est très bien implanté dans les mœurs canadiennes. Tel n'est cependant pas le cas. En effet, cette «profession de foi» des citoyens canadiens aux bienfaits de la consommation écologique n'a pas trouvé de résonance conséquente sur les marchés, où les résultats, contrairement à certains pays européens⁴⁴, se sont montrés décevants eu égard aux sondages⁴⁵.

Yvon Blais, 2003 à la p. 287. Aussi : CCE, *supra* note 33 à la p. 4; A. Gesser, *supra* note 19 à la p. 507.

43. C. P. Duhaime et autres, *supra* note 12 aux pp. 566-567. Voir aussi : J. Marchand, *supra* note 36 aux pp. 307 et 309.

44. CCE, *supra* note 16 à la p. 5.

45. L. Draetta, *supra* note 21 à la p. 80. Voir aussi E. Zaccà, *Le développement durable : dynamique et constitution d'un projet*, Bruxelles, Presses interuniversitaires Européennes, 2002 aux pp. 325 à 329; CCE, *supra* note 16 à la p. 3.

Cet état de fait nous place devant une situation pour le moins inusitée : bien que l'existence des éco-consommateurs canadiens ait été démontrée, plusieurs d'entre eux, pour une raison ou une autre, ne passent pas – ou plus – de la parole aux actes.

S'étant penchée sur le problème dans une étude publiée en 1999, la Commission de coopération environnementale⁴⁶ (CCE) exclut que l'explication puisse provenir d'une différence entre les niveaux de préoccupation écologique des citoyens européens et nord-américains, jugeant plutôt que : «l'explication la plus évidente réside dans des différences dans la démarche, la conception, la commercialisation, le rôle des organismes gouvernementaux et autres aspects du fonctionnement des programmes d'écoétiquetage»⁴⁷. À l'instar de la CCE, c'est sans remettre en question l'existence d'un marché vert en Amérique du Nord et au Canada que nous aborderons la section portant sur les causes potentielles de l'inactivité des consommateurs écologiques canadiens.

1.2. Les éco-consommateurs et la publicité écologique : en quête de repères.

Les camions roulent à l'essence sans plomb? Les bureaux ont été isolés pour économiser l'énergie? Les serviettes en papier sont à base de papier recyclé? Formidable. Appelez les rédacteurs et réfléchissez à un slogan. Ou dessinez tout simplement un lapin ou un arbre sur le paquet, certains clients saisiront le message.⁴⁸

Bien que cet extrait témoigne fort bien du type de préjugés qui sévit actuellement à leur encontre, les initiatives de «publicité écologique» et de «marketing vert» ne devraient pas, nécessairement, susciter les implications négatives qu'on leur attribue presque automatiquement de nos jours⁴⁹. Julie

46. CCE, *Qui sommes-nous?*, en ligne : <http://www.cec.org/who_we_are/index.cfm?varlan=francais> (page consultée le 6 août 2004).

47. CCE, *supra* note 16 à la p. 5.

48. F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 178.

49. Pour les besoins du présent article, nous définirons les expressions «publicité écologique», «publicité verte» ou «marketing vert» comme tout acte par lequel, indépendamment du degré de crédibilité qui peut lui être associé, une personne ou un groupe de personnes vise à faire valoir qu'un produit ou un service présente certaines caractéristiques qui permettent de

Marchand, professeure de marketing à la Faculté des sciences de l'administration de l'Université Laval, considère en effet qu'il existe deux approches en matière de publicité verte, soit : (1) le fait de «teinter en vert» les produits ou services sans pour autant les rendre - ou s'assurer qu'ils sont - écologiques⁵⁰ et (2) le fait, pour une entreprise qui décide de vanter les mérites écologiques de ses produits ou services, de modifier ses méthodes et d'adopter une nouvelle optique visant la protection de l'environnement et l'éducation des consommateurs à ce sujet⁵¹. Ainsi, malgré le fait que la justification du procédé soit toujours reliée à un intérêt mercantile, les résultats, du point de vue de la protection de l'environnement, sont diamétralement opposés.

En ce sens, lorsqu'elle constitue un facteur influant sur un acte de consommation, une stratégie consciencieuse de marketing vert pourra permettre aux éco-consommateurs de réduire concrètement certains impacts environnementaux reliés à leurs activités quotidiennes. À l'opposé, une campagne publicitaire à teneur écologique n'ayant pas d'assises réelles au sein de l'entreprise émettrice ne parviendra qu'à flouer les consommateurs écologiques sans produire, dans le meilleur des cas⁵², aucun impact bénéfique pour l'environnement.

Comme il semble clair que toute forme de publicité écologique n'est pas fondamentalement destinée à tromper les consommateurs⁵³, il est intrigant de

justifier son caractère «préférable pour l'environnement».

50. C'est ce que François Tanguay qualifie de «maquillage vert» : F. Tanguay, *supra* note 11 à la p. 35. En anglais, il semble que l'expression retenue pour désigner ce type de pratique soit «greenwash» : G. Johnson, *Don't be fooled : The ten worst greenwashers of 2003*, Boston, Green life, 2004 à la p.1; D. Hoch et R. Franz, «Eco-porn versus the Constitution : Commercial Speech and the Regulation of Environmental Advertising» (1995) 58 Albany Law Review 441.
51. Ces deux types d'approches en matière de marketing vert sont tirées de : J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 303.
52. Il fut démontré que certaines entreprises s'affichant comme «plus respectueuses de l'environnement» offrent parfois des produits plus nocifs pour l'environnement que les compétiteurs. Voir à ce propos : M.-C. Lahaye, *supra* note 31 aux pp. 60-61.
53. Certains auteurs considèrent même que la majorité des affirmations publicitaires à teneur environnementale sont faites de bonne foi : W. Coddington, *supra* note 37 à la p. 101; J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 303.

se demander pourquoi la perception de ceux-ci est aussi mauvaise à ce sujet⁵⁴. De toutes les théories élaborées pour répondre à cette question, notre avis est que deux se détachent nettement du lot et méritent notre attention, soit : (A) la mise en lumière de nombreuses tentatives de «maquillage vert» par certaines entreprises et (B) la difficulté de trouver, à l'intérieur de la multitude de déclarations de préférence environnementale actuellement sur le marché, des garanties fiables permettant de savoir qu'une «publicité verte» désigne bien un produit moins dommageable pour l'environnement et ne constitue pas une forme d'altération de la vérité.

1.2.1. Les différents cas répertoriés de «maquillage vert»

En premier lieu, il semble que la dénonciation publique de différents cas de «maquillage vert» ait porté, à elle seule, un dur coup à la crédibilité de la publicité écologique en général⁵⁵. Pour une entreprise désireuse d'attirer les éco-consommateurs sans pour autant changer ses façons de faire, il existe plusieurs façons, pour reprendre l'expression utilisée par la professeure Julie Marchand, d'afficher sa «cravate verte»⁵⁶. Dans son article intitulé *Maquillage vert ou développement durable : l'entreprise relèvera-t-elle le défi?*, François Tanguay, alors directeur de *Greenpeace* Québec, nous fournit trois exemples de cas où il fut prouvé qu'une entreprise qui s'affichait, à grands renforts de slogans publicitaires de toutes sortes, comme «verte» ne pouvait pas justifier ses déclarations de préférence environnementale⁵⁷.

Toujours en matière de maquillage vert, un autre type de stratégie visant la manipulation des consommateurs écologiques a été utilisé. S'appuyant sur l'ignorance factuelle des citoyens ordinaires - aussi sensibilisés à la cause de

-
54. «Les consommateurs ont également déclaré qu'ils faisaient moins confiance à la quasi-totalité des sources d'information sur l'environnement.»: OCDE, *Vers une consommation durable des ménages?: tendances et politiques dans les pays de l'OCDE*, Paris, OCDE, 2002 à la p. 110. Voir aussi: W. Coddington, *supra* note 37 aux pp. 94-96; E. Zaccai, *supra* note 45 à la p. 306; D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 aux pp. 442-443.
55. W. Coddington, *supra* note 37 à la p. 95. Voir aussi : OCDE, *supra* note 54 aux pp. 109-110.
56. J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 303.
57. F. Tanguay, *supra* note 11 aux pp. 36-40. Voir aussi : G. Johnson, *supra* note 50 aux pp. 2-23; D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 à la p. 442.

l'environnement qu'ils puissent être - quant aux exigences nécessaires à la formulation d'une déclaration de préférence environnementale consciencieuse et effective⁵⁸, plusieurs entreprises décidèrent de se concentrer sur la recherche d'arguments qui pourraient leur permettre d'affirmer que leurs activités étaient déjà, sans avoir à changer quoi que ce soit, qualifiables de «respectueuses de l'environnement»⁵⁹.

Cette seconde orientation, fondée sur la justification plutôt que sur l'amélioration continue, a donné lieu à deux genres de publicité verte, soit : (1) une publicité fondée sur le fait que le produit ou service concerné ne contient ou n'utilise pas un certain type de substance, reconnue comme nuisible pour l'environnement, alors qu'il se trouve que, dans la pratique, cette dite substance n'est jamais utilisée dans le processus de production⁶⁰ et (2) une publicité fondée sur l'utilisation de termes généraux et flous tels que «biodégradable», «recyclable», «meilleur pour l'environnement» ou «environmentally friendly»⁶¹. À ce sujet, les propos de l'auteur américain Walter Coddington, président d'une importante compagnie de management environnemental, sont particulièrement éclairants :

The fact that both of these statements are true does not make the claim any more appropriate. Many environmental claims are problematic not because they are false, but because they are either trivial or irrelevant. It may be nice to know that a product wasn't bred in a nuclear reactor, but that doesn't make the information particularly relevant to the buy decision.

58. F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 176.

59. «The impossibility of verifying environmental claims creates incentives for producers to supply misinformation; the necessity of independent pre-purchase claims therefore, is increasing in urgency and importance». D. S. Cohen, «The regulation of green advertising : The State, the market and the environmental good» (1991) 25 U.B.C.L.Rev. 225 à la p. 240.

60. F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 179-180.

61. «... il n'y a aucun crédit à accorder à des déclarations aussi vagues que "respecte l'environnement", "amical pour l'environnement", "écologique", "non polluant", etc. Leur foisonnement actuel nuit à l'ensemble des *auto-déclarations*, en masquant celles qui sont précises et fiables» : N. Boeglin et P. Wetterwald, *Autodéclarations : la promotion environnementale des produits*, Paris, AFNOR, 2001 aux pp. 15-16. Voir aussi : D. S. Cohen, *supra* note 59 à la p. 241.

Absurd as it is, the nuclear-free claim tells us something important about the nature of many environmental claims. They were not intended to give hard information so much as to convey warm, fuzzy, feel-good messages that would in effect coddle consumers into buying the product in question.⁶²

Ces différents cas de maquillage vert ne seraient toutefois pas les seuls responsables des difficultés constatées au niveau de la perception que semble avoir le public de la publicité écologique en général.

1.2.2. La publicité écologique : un bien d'expert

Le second problème d'envergure qui concerne le marketing vert au sens large découle principalement du fait que la véracité de son contenu ne peut être vérifiée par un consommateur écologique qui n'est pas un expert en matière d'évaluation des impacts environnementaux associés à la production d'un bien ou à la fourniture d'un service⁶³. Conséquence directe de cet état de fait, les éco-consommateurs, pour qu'ils puissent se sentir en confiance face à une déclaration écologique, auront des exigences beaucoup plus élevées à propos des garanties d'indépendance et de crédibilité qu'ils ne pourraient en avoir pour une publicité concernant la qualité ou l'utilité d'un produit⁶⁴. Deux facteurs semblent d'ailleurs leur donner raison.

Tout d'abord, il semble que les consommateurs écologiques trouvent assez difficile de s'en remettre exclusivement à la bonne volonté des entreprises, ou de se contenter de l'adoption de différents codes de conduite privés, pour s'assurer que les initiatives de publicité environnementales actuellement sur le marché sont valables et effectives du point de vue de la réduction des impacts

62. W. Coddington, *supra* note 37 à la p. 101.

63. «... la qualité environnementale d'un produit est une forme de bien d'expert que le consommateur ne peut pas évaluer, même s'il est pleinement informé des pollutions unitaires émises par ce produit.» : A. Nadaï, *supra* note 18 à la p. 16.

64. D. S. Cohen, *supra* note 59 à la p. 240. Voir aussi : N. Boeglin, «Analyse du cycle de vie : La promotion de la qualité écologique des produits et les écolabels» (1998) 7 *Traité de génie industriel* G6250, G6250-5.

environnementaux⁶⁵. Défendant cette position, Marie-Christine LaHaye illustre les difficultés inhérentes à l'auto-attribution de mérites écologiques par l'exemple de la pile *Green power*, vantée comme une «pile propre» sans qu'aucun test indépendant n'ait été réalisé pour le vérifier, avant d'exprimer que, selon elle : «les labels maisons n'offrent aucune garantie digne de foi»⁶⁶.

Avant de poursuivre, il apparaît important de préciser que les propos de l'auteure LaHaye ne doivent pas nous amener à croire que les entreprises sont les seules responsables de la mauvaise réputation des «labels maisons» et du scepticisme des consommateurs à leur égard. Il serait en effet mal venu de ne pas souligner les répercussions négatives attribuables au faible niveau de considérations éthiques affiché par l'industrie de la publicité à propos du contenu des publicités vertes. En ce sens, cet extrait d'une entrevue réalisée avec le publicitaire québécois Jacques Duval, président de la compagnie de communications *Marketel*, parle de lui-même :

Q. Si votre bureau de Beijing recevait la commande de préparer une publicité pour vendre des réfrigérateurs au fréon (gaz qui cause des dommages à la couche d'ozone), refuseriez-vous de le faire en sachant qu'il est possible d'en produire sans fréon?

DUVAL : Si les autorités locales acceptent en principe la vente de ces produits, ce n'est pas à nous de prôner la vertu ou des alternatives au gouvernement chinois. [...] Nous n'avons pas de code éthique pour la santé ou pour l'environnement. C'est la responsabilité du législateur.⁶⁷

65. «... we ought to be cautious before we completely trust markets to act as our most appropriate regulatory instruments for generating environmental benefits.» : D. S. Cohen, *supra* note 60 à la p. 231. Voir aussi : J.-C. Panisset, D. Bégin et M. Gérin, «La prévention de la pollution : un avantage concurrentiel pour l'entreprise d'aujourd'hui» dans C. Gendron et M. Provost, *supra* note 11, 47 à la p. 51. Voir aussi : N. L'Heureux, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2000 aux pp. 277 et 306.

66. M.-C. La Haye, *supra* note 31 à la p. 62. A. Herrup, «Eco-labels : Benefits Uncertain, Impacts Unclear?» (Mai 1999) 8 *European Environmental Law Review* 144 à la p. 145.

67. ÉCODÉCISION, «Publicité, consommation et environnement : une entrevue avec le publicitaire Jacques Duval», (printemps 1995) 16 *Écodécision* 57 à la p. 59. À propos des faiblesses éthiques affichées par le secteur de la publicité concernant le contenu des initiatives de marketing vert, certains passages de l'article de la professeure Julie Marchand semblent d'ailleurs conforter cette affirmation du publicitaire Jacques Duval : J. Marchand, *supra* note 36 aux pp. 310-325.

Outre les difficultés relatives à la crainte raisonnable de partialité lorsque les déclarations écologiques émanent directement des producteurs du produit ou service concerné⁶⁸, le second facteur qui justifie la nécessité d'un degré d'indépendance et de crédibilité plus élevé en matière de publicité écologique tient à la complexité inhérente à la production d'une publicité verte consciencieuse. C'est que la nécessité d'une certaine expertise en matière d'évaluation environnementale touche autant le récepteur de la publicité que son concepteur. Ainsi, même lorsqu'elles agissent de bonne foi, les entreprises qui décident de produire seules une publicité à teneur environnementale sont susceptibles d'induire les éco-consommateurs en erreur sur la qualité environnementale de leur produit ou service⁶⁹.

Ainsi, l'analyse de ces deux pistes générales de solution visant à élucider la problématique de la faible considération du public pour la publicité écologique en général nous permet de constater l'existence d'un point commun très important. En effet, tant la publicité négative ayant découlé des différents cas répertoriés de «maquillage vert» que la sur-simplification des très nombreux facteurs sous-jacents à la production d'une publicité écologique efficace nous mènent sur la piste de déficiences au niveau de la qualité de l'information fournie aux consommateurs qui désirent procéder à des achats verts. Comme le rapportait l'OCDE dans un rapport daté de 2000 : «Une des difficultés majeures rencontrées à tous les niveaux d'achat est le manque d'informations disponibles et fiables sur les caractéristiques environnementales des produits et services. En

68. «... the many claims and labels also threatened to confuse consumers. Without guiding standards and investigation by an independent third party, consumers could not be certain that the companies' assertions guaranteed that each labelled product or service was an environmentally preferable alternative» : GEN, *The Ecolabelling Guide: A Guide to Ecolabelling Around the World*, Ottawa, GEN, 1999 à la p. 3.

69. D. S. Cohen, professeur à la faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique, nous fournit plusieurs exemples de cas où, sans que l'entreprise émettrice n'agisse dans cette optique, les consommateurs écologiques peuvent être induits en erreur sur la performance écologique des produits ou services touchés par une publicité écologique : D. S. Cohen, *supra* note 59 aux pp. 242-246. Voir aussi : F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 180-183; M. J. Polonsky et autres, *supra* note 20 aux pp. 285-286.

fait, ce manque d'informations est parfois considéré comme le principal obstacle aux initiatives d'achats plus verts...»⁷⁰

Submergé par des déclarations écologiques de toutes sortes, le consommateur écologique ne sait plus trop bien à quels saints se vouer lorsque vient le temps d'évaluer si l'information qu'on lui fournit est digne d'intérêt ou non⁷¹. Comment faire pour identifier les étiquettes, slogans ou logos crédibles de ceux qui le sont moins ou pas du tout? Cette situation nous pousse à interroger, selon une perspective québécoise, le cadre normatif canadien applicable aux différentes formes de publicité verte afin de vérifier si les actuelles ressources normatives visant à assurer la qualité des déclarations écologiques sont suffisantes pour assurer la protection des consommateurs écologiques et favoriser l'achat de produits et services verts au Canada.

Deuxième partie : L'encadrement normatif de la publicité écologique en droit canadien

Dissertant sur les responsabilités des États en matière de contrôle du contenu publicitaire au sens large, le professeur Paul Nihoul, titulaire de la Chaire Jean Monnet sur la société européenne de l'information à l'Université de Groningue aux Pays-Bas, écrit :

Pour protéger le consommateur avant sa prise de décision, le législateur doit assurer une certaine qualité de l'information. La décision du consommateur doit être prise en connaissance de tous les éléments essentiels grâce à une information objective, totale et loyale. Assurer une information de qualité, c'est non seulement prescrire une information suffisante, mais également lutter contre tout ce qui, dans

70. OCDE, *Marchés publics et environnement : problèmes et solutions pratiques*, Paris, OCDE, 2000 à la p. 65. Voir aussi : M. J. Polonsky et autres, *supra* note 20 à la p. 281.

71. En 1998, l'OCDE a évalué que : «globalement, l'éco-étiquetage n'a pas eu d'influence sensible sur les décisions d'achat des consommateurs» : OCDE, *supra* note 7 à la p. 43. Voir aussi : M. F. Teisl, B. Roe et A. S. LEVY, «Ecolabeling : What Does Consumer Science Tell Us about which Strategies Work?» dans W. Lockeretz, dir., *Ecolabelling and the greening of the food market*, Boston, Université de Tufts, mars 2003, 141 aux p. 148 et 149.

l'information fournie par le commerçant ou le fabricant, peut se révéler trompeur.⁷²

Poursuivant sur sa lancée, le professeur Nihoul nous apprend également que, d'une manière générale, les objectifs sous-jacents à la prohibition de la publicité fausse et trompeuse sont de deux ordres, à savoir : (1) la protection du consommateur et (2) la protection des concurrents⁷³. Ainsi, bien que ce n'ait pas toujours été le cas⁷⁴, l'existence d'un lien étroit entre les domaines de la concurrence et de la consommation est aujourd'hui reconnue⁷⁵. Il ne sera donc pas surprenant pour le lecteur de constater que la grande majorité des textes réglementaires et normatifs invocables en matière de publicité écologique au Canada sont directement rattachés à ces deux branches du droit.

En combinant les objectifs généraux énoncés par le professeur Nihoul aux besoins spécifiques concernant la validité des déclarations écologiques et l'incidente mise en oeuvre du développement durable⁷⁶, le cadre normatif canadien devrait, minimalement, permettre l'atteinte de deux objectifs interdépendants, soit : (1) empêcher la production de déclarations écologiques non - ou mal - appuyées et (2) permettre aux consommateurs écologiques de s'assurer du bien-fondé des informations qu'on leur fournit⁷⁷. Nous analyserons donc les normes générales, canadiennes et québécoises, visant l'interdiction des

72. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 275. Voir aussi : R. Larabie-Lesieur, «La publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales sous le régime de la Loi sur la concurrence», dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 1 à la p. 3.

73. P. Nihoul, *La concurrence et le droit*, Colombelles, EMS, 2001 à la p. 14.

74. Pour ne citer que l'exemple canadien, l'auteure Nicole L'Heureux nous apprend en effet que : «La Loi sur la concurrence, édictée en premier lieu pour assurer la préservation d'un marché concurrentiel, s'était vu reconnaître postérieurement une finalité sociale par les tribunaux» : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 307.

75. P. Nihoul, *supra* note 73 aux pp. 307-308.

76. Il importe en effet de garder à l'esprit l'extrême importance qu'on doit accorder à l'obtention d'une information crédible et fiable sur le niveau de «préférence environnementale» des produits et services offerts sur le marché pour qu'un acte de consommation écologique puisse produire des effets bénéfiques concrets. En ce sens : OCDE, *supra* note 54 à la p. 111.

77. Comme l'écrivait l'ancien directeur de *Greenpeace* Québec, monsieur François Tanguay : «Ne faites pas que dire que vous êtes verts, prouvez-le!» : F. Tanguay, *supra* note 11 à la p. 36.

déclarations publicitaires fausses ou trompeuses - et dont les origines remontent aujourd'hui à plusieurs décennies⁷⁸ - afin d'éprouver leur adaptabilité au niveau de qualité nécessaire à la protection des éco-consommateurs canadiens⁷⁹.

2.1. État du droit fédéral sur la question de la publicité écologique

Le cadre normatif canadien met actuellement à la disposition des consommateurs floués par une pratique publicitaire déloyale un certain nombre de recours, tant publics que privés, à propos desquels les auteurs Brian R. Fraser et David M. W. Young, spécialistes en matière de droit canadien de la concurrence, dressent une liste exhaustive⁸⁰.

En matière d'auto-réglementation du secteur de la publicité au Canada, le *Code canadien des normes de la publicité*⁸¹ [ci-après le *Code canadien*] constitue le principal outil à la disposition des consommateurs canadiens constatant, à leurs dépens ou non⁸², l'existence d'une déclaration publicitaire vexatoire. Ce texte normatif leur permet en effet de déposer une plainte aux *Normes canadiennes de la publicité*, un regroupement privé d'entreprises oeuvrant dans le domaine publicitaire⁸³. Par la suite, la plainte déposée fera l'objet d'un examen⁸⁴ qui pourra, advenant qu'une violation au *Code canadien* soit admise ou démontrée, déboucher sur la modification ou le retrait de la déclaration publicitaire concernée⁸⁵.

78. R. Larabie-Lesieur, *supra* note 72 à la p. 3. Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *Canadian Advertising & Marketing Law*, Toronto, Carswell, 2003 à la p.1-5.

79. Compte tenu de leur portée nationale, nous commencerons par l'analyse des normes fédérales avant de nous attarder aux dispositions applicables sur le seul territoire québécois.

80. B. R. Fraser et D. M.W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-120 et s.

81. NCP, *supra* note 26.

82. *Ibid.* aux pp. 10-11.

83. NCP, À *propos de NCP*, en ligne : <<http://www.adstandards.com/fr/ASCResources/index.asp>> (page consultée le 6 août 2004).

84. NCP, *supra* note 26 aux pp. 11-15.

85. «Si un conseil parvient à la conclusion qu'une publicité contrevient au Code, l'annonceur en est prévenu, alors que le plaignant reçoit une copie de la décision communiquée à l'annonceur. L'annonceur est invité à modifier sa publicité ou à la retirer. Dans l'un comme dans l'autre cas, cela se fera dans les meilleurs délais raisonnables.» : *ibid.* à la p. 13. Il est ici intéressant de noter que le *Code canadien* ne prévoit l'imposition d'aucune amende, pénalité ou autre forme similaire de sanction dans le cas d'une infraction à l'une de ses dispositions.

En ce qui a trait au domaine public, plusieurs lois fédérales comprennent des dispositions générales visant à prohiber la publicité fausse et trompeuse⁸⁶. Toutefois, seule la *Loi sur la concurrence*⁸⁷ [ci-après la *L. c.*] peut être invoquée de façon réaliste en matière de publicité écologique⁸⁸. Principal texte législatif en matière de contrôle des déclarations publicitaires de toutes sortes⁸⁹, cette

86. *Supra* note 23.

87. *Supra* note 24.

88. En effet, compte tenu de la portée très large des dispositions de la *L. c.* en matière de publicité fausse et trompeuse et de la nature des litiges juridiques potentiels pouvant concerner la véracité d'une déclaration écologique, il serait illogique de procéder par le biais d'une disposition provenant d'une loi particulière. Pour illustrer cet état de fait, nous nous arrêterons à l'analyse de l'article 7 de la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, *supra* note 23 :

«7. (1) Le fournisseur ne peut apposer sur un produit un étiquetage qui contient de l'information fausse ou trompeuse se rapportant au produit -- ou pouvant raisonnablement donner cette impression --, ni vendre, importer ou annoncer un produit ainsi étiqueté.

(2) Pour l'application du présent article et relativement à un produit préemballé, «information fausse ou trompeuse» s'entend notamment :

a) des indications comportant des expressions, mots, chiffres, descriptions ou symboles employés, disposés ou présentés de telle manière qu'elles semblent qualifier sa quantité nette déclarée ou risquent d'induire un consommateur en erreur quant à celle-ci;

b) des expressions, mots, chiffres, descriptions ou symboles qui laissent croire, ou peuvent raisonnablement être jugés de nature à le faire, qu'il contient une matière qui en est absente -- ou inversement;

c) de toute description ou illustration de ses genre, qualité, tenue à l'usage, fonction, origine ou mode de fabrication ou de production qui peut raisonnablement être jugée de nature à tromper sur l'objet de la description ou de l'illustration.»

Le lecteur sera donc à même de constater que, bien que le libellé du premier alinéa semble indiquer l'application générale de l'article - ce qui impliquerait un recoupage des dispositions de la *L. c.* -, les alinéas subséquents permettent de justifier l'adoption de cette disposition dans le cadre de la loi (ici, on comprend que l'introduction de cette disposition vise principalement à faciliter les recours relatifs à la juste correspondance entre le contenu réel d'un produit particulier - quantité, poids, éléments de fabrication, etc. - et celui qui est annoncé). Voir à ce sujet : B.R. Fraser et D.M. Young, *supra* note 78 à la p. 6-9; N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 280-284.

89. «La *Loi sur la concurrence* est le principal texte législatif qui vise tous les genres de représentations faites au public à des fins commerciales.» : R. Larabie-Lesieur, *supra* note 72 à la p. 3. Voir aussi : D. S. Affleck et W. K. McCracken, *Canadian Competition Law*, vol. 1, Toronto, Carswell, 2002 à la p. 5-4.

dernière relève du ministère fédéral de l'Industrie⁹⁰ et est gérée par le *Commissaire de la concurrence*⁹¹, directeur du *Bureau de la concurrence*⁹².

Les dispositions relatives à la publicité fausse ou trompeuse de la *L.c.* ont fait l'objet d'une modification majeure en 1999⁹³. En effet, en adoptant la *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquences*⁹⁴, le législateur fédéral s'est trouvé à remodeler son régime d'infraction à deux égards, soit : (1) par le rajout, avec l'intégration de la partie «VII.1 : Pratiques commerciales trompeuses»⁹⁵, d'une série d'infractions de nature civile et (2) par le renforcement des critères d'accès à l'infraction criminelle déjà sanctionnée par l'article 52 (1) de la Loi⁹⁶.

Bien que ne comportant aucune disposition spécifique à la publicité écologique en tant que telle, la portée très large des articles de la *L.c.* visant à interdire la publicité fausse ou trompeuse en général permet d'inclure les différentes formes de déclarations écologiques. En ce sens :

Tout genre d'indication est susceptible de constituer une infraction, quels qu'en soient la forme ou le support [...]. Un signe, un dessin ou une illustration, même si aucun mot n'est utilisé, peuvent constituer une infraction. Il peut même s'agir d'une omission de mentionner un aspect important. L'indication peut paraître sur l'emballage, sur un écriteau, ou être faite par écrit, publiée ou diffusée, mais il n'est pas nécessaire que l'indication ait été publiée dans un journal ou dans un autre organe d'information.⁹⁷

90. INDUSTRIE CANADA, *Lois*, en ligne : <<http://www.ic.gc.ca/cmb/welcomeic.nsf/ICPages/Lois>> (page consultée le 6 août 2004).

91. *L. c.*, *supra* note 24, art. 7 (1) a).

92. B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-5.

93. STIKEMAN ELLIOTT, *Competition Act and Commentary*, Markham, Lexis-Nexis, 2003 à la p. 63.

94. L.C. 1999, c. 2.

95. *Ibid.*, art. 22.

96. *Ibid.*, art. 12 (1). Voir aussi : STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 aux pp. 63-64.

97. N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 309-310. Voir aussi : B.R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-73 et s.

Ainsi, considérant la nature particulière des affirmations quant à la préférence environnementale des produits ou services⁹⁸ et le fait que le *Code canadien des normes de la publicité* exclut, depuis 1999, toute forme d'étiquetage de son champ d'application⁹⁹, trois angles d'approche demeurent accessibles pour tenter un recours concernant une déclaration écologique fausse ou trompeuse, lesquels correspondent aux articles 52(1), 74.01 (1) a) et 74.01 (1) b)¹⁰⁰. Ces dispositions se lisent ainsi :

98. La seule entité qui subira un préjudice direct découlant de la publication d'une déclaration écologique fausse ou trompeuse est l'environnement en tant que tel. Les éco-consommateurs ne peuvent se réclamer que d'un préjudice indirect relié au fait de n'avoir pu contribuer à la réduction des pressions environnementales ou plus simplement à celui d'être victime de la dégradation de l'environnement. Cet état de fait a principalement pour effet de rendre inapplicable le recours potentiel des consommateurs écologiques en vertu de l'article 36 de la *L. c.*, *supra* note 24, qui se lit ainsi : «**36. (1)** Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

[...]

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.» Ainsi, compte tenu que l'état actuel de la jurisprudence interprète l'expression : «une perte ou des dommages» comme devant être liés directement à la personne impliquée (voir à ce propos : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-131), les pratiques déloyales de publicité verte se trouvent, par nature, exclues.

99. «ANNEXE A

LA LISTE DES MÉDIAS EXEMPTÉS DE L'APPLICATION DU CODE

Les médias suivants sont, à compter de la date inscrite ci-dessous, exemptés de la définition de «média» et l'application du Code :

[...]

ii) un emballage, du papier d'emballage et des étiquettes.

Le 1^{er} mai 1999 et confirmée en mai 2004 : NCP, *supra* note 26 à la p. 9.

100. «**Claims for environmental friendliness**, increasingly ubiquitous in current advertising, will often constitute performance claims subject to scrutiny under paragraph 74.01(1) (b). Although such claims would likely also be subject to the general prohibitions against misleading advertising found in subsection 52(1) and paragraph 74.01(1) (a), environment-related claims that constitute representations as to the performance, efficacy or length of life of a product must comply with the requirements of paragraph 74.01 (1) (b) for adequate and proper test.» : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p.1-73.

PARTIE VI : INFRACTIONS RELATIVES À LA CONCURRENCE

[...]

Indications fausses ou trompeuses

52. (1) Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

[...]

PARTIE VII.1 : PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES

Comportement susceptible d'examen

74.01 (1) Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques :

- a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un point important;
- b) ou bien, sous la forme d'une déclaration ou d'une garantie visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit, des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée, dont la preuve incombe à la personne qui donne les indications;¹⁰¹

Compte tenu de la nature des pouvoirs qui lui ont été attribués par la *L.c.*, l'analyse des modalités relatives à la réussite d'un recours intenté sous l'égide de l'un de ces trois alinéas impliquait nécessairement l'examen préalable du rôle - et des outils - du *Commissaire de la concurrence* dans le contrôle des déclarations écologiques fausses ou trompeuses. Nous reviendrons aux

101. *L. c.*, *supra* note 24.

exigences jurisprudentielles propres à chaque disposition une fois ce tour d'horizon complété.

2.1.1. Publicité écologique et Bureau de la concurrence : le rôle du Commissaire de la concurrence

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le *Commissaire de la concurrence* du Canada est le fonctionnaire responsable de l'administration de la *L.c.*¹⁰². De tous les pouvoirs qui lui ont été conférés par sa loi constitutive, son «pouvoir d'enquête» est sans doute le plus intéressant dans le cadre du présent article. Ainsi, l'article 10 prévoit que :

10. (1) Le commissaire fait étudier, dans l'un ou l'autre des cas suivants, toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits :

a) sur demande faite en vertu de l'article 9;

b) chaque fois qu'il a des raisons de croire :

(i) soit qu'une personne a contrevenu à une ordonnance rendue en application des articles 32, 33 ou 34, ou des parties VII.1 ou VIII,

(ii) soit qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII,

(iii) soit qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être;

c) chaque fois que le ministre lui ordonne de déterminer au moyen d'une enquête si l'un des faits visés aux sous-alinéas b)(i) à (iii) existe.¹⁰³

102. *Supra* note 91.

103. *L. c.* , *supra* note 24, art. 10.

Un examen plus approfondi d'une déclaration publicitaire d'apparence fausse ou trompeuse sera donc entrepris dans trois cas, à savoir : (1) après un acte discrétionnaire du *Commissaire de la concurrence*¹⁰⁴; (2) dans tous les cas où le *Bureau de la concurrence* du Canada enregistre les plaintes de 6 citoyens différents sur un même sujet¹⁰⁵ et (3) à la demande du ministre de l'Industrie¹⁰⁶. La raison qui justifie l'importance de la responsabilité propre au déclenchement et aux conclusions de cette analyse des faits tient à son caractère «préliminaire». Ainsi, tout dépendant de l'avis du *Commissaire de la concurrence* à la suite de l'enquête menée, celui-ci décidera, à quelques exceptions près¹⁰⁷, du bien-fondé d'intenter ou de ne pas intenter un recours devant les tribunaux.

Comme nous l'apprend la professeure Nicole L'Heureux, s'il est convaincu de la perpétration d'une infraction criminelle en contravention de l'alinéa 52 (1) de la *L.c.* : «[le commissaire] transmet le dossier, avec une recommandation d'engager une poursuite, au procureur général qui porte la plainte devant le tribunal de première instance de la Cour fédérale ou d'une cour

104. *Ibid.*, art. 10 (1) b).

105. *Ibid.*, art. 9 et 10 (1) a).

106. *Ibid.*, art. 10 (1) c).

107. Théoriquement, il existe en effet deux exceptions à la préséance du *Commissaire de la concurrence* en matière de recours sous l'égide de la *L. c.*, *supra* note 24, pour les infractions de nature pénale. Premièrement, l'alinéa 23 (2) prévoit que le Procureur général du Canada peut se saisir d'un dossier impliquant, entre autre, une infraction à l'article 52 (1) s'il le juge à propos. La deuxième exception découle du droit qu'ont les citoyens canadiens d'entreprendre eux-mêmes des poursuites judiciaires à l'encontre de personnes ayant contrevenu à une disposition de droit pénal (voir la définition de «poursuivant» des articles 2 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46 et 9 du *Code de procédure pénale*, L.R.Q. c. C-25.1) et permettrait aux consommateurs de se fonder sur l'article 52 (1) de la *L. c.* pour intenter un recours. Précisons toutefois que cette deuxième possibilité n'a été qu'exceptionnellement utilisée dans le passé et devrait être considérée comme faisant essentiellement partie du domaine des considérations académiques, compte tenu, notamment, des difficultés relatives à l'obtention de l'autorisation de se constituer poursuivant, des coûts impliqués et de la possibilité que les recours entrepris en invoquant ce «droit de poursuite citoyen» puissent, à tout moment, être interrompus par le Procureur général du Canada, en vertu de son pouvoir d'intervention. Au sujet du droit des particuliers de poursuivre au pénal, voir : R. W. Proctor, «Individual Enforcement of Canada's Environmental Protection Laws : The Weak-spirited Need Not Try» (1991) Dal. L.J. 112 aux pp. 112 et 132; L. F. Duncan, «Enforcement and Compliance» dans Elaine L. Hughes et autres, dir., *Environmental Law and Policy*, 2^e éd., Toronto, Emond Montgommery Pub., 1998, 321 aux pp. 354-355.

supérieure d'une province (art. 73)»¹⁰⁸. Même chose dans le cas d'un recours fondé sur la violation d'une disposition de la nouvelle partie VII.1, puisque le premier alinéa de l'article 74.1 exclut qu'un recours puisse être initié par une autre personne que le *Commissaire de la concurrence*¹⁰⁹.

On constate donc que, indépendamment des modifications qui ont été apportées en 1999, le pouvoir de recourir aux dispositions de la *L.c.* dans le cadre d'un litige impliquant une déclaration publicitaire fausse ou trompeuse a été presque exclusivement remis au bon jugement du *Commissaire de la concurrence*. Le caractère purement arbitraire d'une décision administrative n'étant pas toléré en droit public canadien¹¹⁰, ce constat nous amène naturellement à tenter de cerner les limites inhérentes à l'utilisation de ce pouvoir discrétionnaire en matière de publicité écologique et, conséquemment, à l'étude des *Principes et lignes directrices sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité*¹¹¹ [ci-après les *Principes et lignes directrices*].

2.1.1.1. Principes et lignes directrices sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité

Reconnaissant l'existence de difficultés relatives à l'identification des produits et services verts au sein des marchés canadiens¹¹², et cherchant à orienter et harmoniser les pratiques des membres du Bureau de la concurrence lors de l'examen de déclarations écologiques douteuses¹¹³, Industrie Canada a

108. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 333.

109. «**74.1** (1) Le tribunal qui conclut, à la demande du commissaire, qu'une personne a ou a eu un comportement susceptible d'examen en application de la présente partie peut ordonner à celle-ci :» [nos italiques] : *L. c.*, *supra* note 24, art. 74.1. Voir à ce sujet : B.R. Fraser et D. M. W Young, *supra* note 78 à la p. 1-121.

110. P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Yvon Blais, 2002 aux pp. 211-212.

111. INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26.

112. *Ibid.* à la p. 4.

113. J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 325. Il est d'ailleurs à noter qu'un autre objectif important des *Principes et lignes directrices* concerne l'éducation et l'harmonisation des pratiques des entreprises désireuses d'initier une stratégie de marketing vert. Voir à ce propos : BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Représentations concernant l'environnement sur les étiquettes*,

adopté les *Principes et lignes directrices*¹¹⁴ en juillet 1993, améliorant ainsi une première version publiée par Consommation et Corporation Canada en 1991¹¹⁵.

Essentiellement, les *Principes et lignes directrices* comprennent diverses recommandations, d'ordre général¹¹⁶ et spécifique¹¹⁷, dont le respect est

-
- en ligne : <<http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/cp01071f.html>> (page consultée le 6 août 2004); *ibid.* aux pp. 4-5.
114. INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26. Il est à noter que le *Bureau de la concurrence* a proposé, en mai 2001, de retirer les *Principes et lignes directrices* adoptées en 1993 pour ensuite encourager l'utilisation du standard *ISO - 14 021* lors de l'analyse de plaintes portant sur le contenu d'une déclaration écologique. Voir à ce sujet : BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Adoption proposée de nouvelles lignes directrices concernant les déclarations liées à l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité*, en ligne : <<http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02206f.html>> (page consultée le 6 août 2004); ISO, «ISO 14 021 : Marquages et déclarations environnementaux – Autodéclarations environnementales (Étiquetage de type II)» dans ISO, *ISO 14 000 : Management environnemental*, 2^e éd., Genève, ISO, 2000, 141 à la p. 151; B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 aux pp. 1-74 à 1-78. Aucune suite ne semble, pour l'instant, avoir été donnée et il semble bien que les *Principes et lignes directrices* soient toujours «applicables» au moment d'écrire ces lignes. Toutefois, compte tenu du caractère tout aussi peu - sinon moins - contraignant de cette proposition du *Bureau de la concurrence* et de la nature du contenu de la norme *ISO -14 021*, il est plausible de croire que, advenant que le gouvernement fédéral décide d'y donner suite, les commentaires faits dans la présente partie de l'article seront applicables.
115. CONSOMMATION ET CORPORATION CANADA, *Principes directeurs sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité*, Hull, Consommation et corporation Canada, 1991.
116. Les *Principes et lignes directrices* posent quatre principes directeurs, soit :
- «1) Il incombe aux parties qui présentent des allégations reliées à l'environnement de s'assurer que toute allégation et(ou) déclaration est exacte et conforme à la législation pertinente.
- 2) Il incombe aux consommateurs de bien utiliser, dans la mesure du possible, les renseignements qui leur sont fournis sur les étiquettes et dans la publicité, de manière à accroître leur influence sur le plan commercial.
- 3) Des allégations et(ou) des renseignements reliés à l'environnement qui sont ambigus, vagues, incomplets, trompeurs ou non pertinents et qui ne peuvent être justifiés par des renseignements plausibles et(ou) des méthodes d'essai ne devraient pas être employés.
- 4) Il doit être indiqué si les allégations et(ou) les renseignements s'appliquent au produit ou aux matériaux d'emballage.» : INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26 à la p. 6.
117. Les *Principes et lignes directrices* fournissent des conseils relatifs à l'utilisation de différentes catégories de déclarations écologiques fréquemment utilisées, dont notamment : «Contenants ou produits réemployables», «Réduction de matière à la source», «Matières recyclables», «Matières dégradables» et «Matières compostables». Voir à ce propos : *ibid.* aux pp. 7-16.

conseillé dans le but de produire une déclaration écologique consciencieuse et qui, de ce fait, comporte peu de risques de se voir contestée par le *Commissaire de la concurrence* en vertu des dispositions générales prohibant la publicité fausse ou trompeuse au Canada. Pour reprendre une formule consacrée par le document lui-même, ces recommandations «constituent une indication de l'interprétation qu'adopteront les fonctionnaires de Industrie et Sciences Canada lorsqu'ils examineront des allégations en vertu de [...] la *L.c.*»¹¹⁸.

Toutefois, compte tenu du fait que les *Principes et lignes directrices* émanent du gouvernement fédéral sans pour autant pouvoir être considérés comme un texte réglementaire en tant que tel, une question vient à l'esprit : à quel point ce document lie-t-il les fonctionnaires responsables du *Bureau de la concurrence* en matière de publicité écologique?

L'analyse du contenu des *Principes et lignes directrices* nous permet, en utilisant la terminologie établie dans l'ouvrage général de droit administratif des professeurs Pierre Issalys et Denis Lemieux, de qualifier ce texte de «directive indicative»¹¹⁹. Les éléments qui nous permettent d'en venir à cette conclusion tiennent, principalement, à l'emploi du conditionnel et à certaines «mises en garde» incluses par *Industrie Canada*¹²⁰. Confirmant notre propos, les auteurs Fraser et Young écrivent :

While the *Guidelines* lay down a number of general, as well as specific, principles that advertisers are expected to follow in making claims for environmental friendliness, they do not constitute a

118. *Ibid.* à la p. 6.

119. «Les directives seront indicatives ou impératives selon le cas. Alors que les premières se voudront un simple guide à l'exercice de la discrétion et n'exerceront, de fait, aucune contrainte sur l'organisme ou le fonctionnaire concerné, les secondes constitueront des règles obligatoires qui verront à être observées par leur destinataire sous peine de sanctions administratives.» : P. Issalys et D. Lemieux, *supra* note 110 à la p. 139.

120. À cet égard, cet extrait des *Principes et lignes directrices* est particulièrement révélateur : «Il est peu probable que les allégations reliées à l'environnement qui respectent ces directives soulèvent des questions en vertu de la législation. Les positions concernant l'acceptabilité d'allégations ne seront prises qu'à la suite d'un examen approfondi des faits pertinents, et il appartiendra au tribunal responsable de rendre la décision finale concernant l'acceptabilité» : INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26 à la p. 6.

comprehensive code for such claims and furthermore do not have the force of law.¹²¹

Ainsi, bien que représentant la «ligne de conduite» que les fonctionnaires responsables du *Bureau de la concurrence* devraient suivre lors de l'analyse de dossiers impliquant un litige portant sur le contenu d'une déclaration écologique, le respect des *Principes et lignes directrices* n'est pas obligatoire au sens strict du terme¹²². Aussi, advenant le cas où le *Commissaire de la concurrence* décidait de porter le litige devant le tribunal compétent, les *Principes et lignes directrices* ne pourraient être invoqués, au mieux, que dans une optique interprétative¹²³.

À présent que l'importance du rôle préliminaire du *Commissaire de la concurrence* est bien établie, et précisée la nature du principal outil duquel il peut se servir en matière d'encadrement de la publicité écologique en général, il importe d'analyser les différents éléments nécessaires au succès d'un recours devant les tribunaux. En ce sens, nous prendrons pour acquis que les tribunaux se trouvent déjà saisis d'un litige relatif à la violation présumée d'une des trois dispositions de la *L.c.* susceptibles d'être invoquées à l'appui d'un recours portant sur une déclaration écologique fausse ou trompeuse, soit les articles 52 (1), 74.01 (1) a) et 74.01 (1) b), et nous attarderons à chacun d'entre eux.

2.1.2. Recours sous l'article 52 (1) de la *Loi sur la concurrence*

L'infraction de droit criminel visée par l'article 52 (1) de la *L.c.* [ci-après *l'article 52 (1)*] ne s'applique plus, depuis les modifications de 1999, qu'aux cas les plus graves de publicité fausse ou trompeuse¹²⁴. Toutefois,

121. B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p.1-77.

122. P. Issalys et D. Lemieux, *supra* note 110 à la p.116.

123. Les *Principes et lignes directrices* ne peuvent lier un tribunal saisi d'une affaire portant sur une déclaration écologique fausse ou trompeuse. L'inclusion du passage suivant parle d'ailleurs de lui-même : «**Portée** : Le présent document ne vise pas l'établissement de normes ou de définitions reliées à l'environnement» : INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26 à la p. 4.

124. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Indications et pratiques commerciales trompeuses : choix entre le régime criminel ou civil de la Loi sur la concurrence*, Hull, Industrie Canada, 1999, en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/ct01181f.pdf>> (page consultée le 6 août

bien que le rajout de l'expression «sciemment ou sans se soucier des conséquences»¹²⁵ ait transformé une infraction de responsabilité stricte en infraction de *mens rea* - rendant ainsi inadmissible la défense de diligence raisonnable¹²⁶ -, la nature du *corpus* jurisprudentiel établi avant 1999 permet de garder intacte l'applicabilité de la majeure partie des décisions rendues en vertu de cet article¹²⁷. Notons également que l'article 73 de la *L.c.* prescrit d'entreprendre ce recours devant la 1^{ère} instance de la Cour fédérale ou toute cour supérieure provinciale¹²⁸.

Les auteurs Donald S. Affleck et Wayne K. McCracken dressent, dans leur ouvrage *Canadian Competition Law*¹²⁹, un tour d'horizon complet des exigences jurisprudentielles relatives au succès d'un recours en vertu de l'article 52 (1). L'application de leurs enseignements au contexte spécifique des déclarations écologiques¹³⁰ nous permet de conclure que, pour que le *Procureur général* puisse obtenir gain de cause, l'existence des éléments suivants devra être démontrée hors de tout doute raisonnable¹³¹ : (1) la déclaration est fausse ou trompeuse, (2) ce caractère faux ou trompeur est susceptible de jouer un rôle dans le processus d'achat du bien ou du service visé par la déclaration et (3) l'entreprise responsable de la déclaration avait, en publicisant la déclaration, l'intention de tromper, ou ne s'est pas préoccupée des conséquences.

2004).

125. *L. c.*, *supra* note 24, art. 52 (1).

126. STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 aux pp. 63-65.

127. D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-7.

128. *L. c.*, *supra* note 24, art. 73. Voir aussi : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 333.

129. D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 aux pp. 5-8 à 5-15.

130. La nature essentiellement compatible des déclarations écologiques nous permet en effet de ne pas avoir à nous attarder sur les exigences relatives à la preuve que le litige porte bien sur une «représentation destinée au public». Voir à ce propos : N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 309-310; voir les sections 1.2 et 1.22 ci-dessus.

131. G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998 aux pp. 211-214; STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 à la p. 66.

En ce qui a trait au premier élément, le caractère «vérifiable» de la déclaration visée par le litige sera, à des degrés différents, central dans la preuve de sa nature fausse ou trompeuse. En effet, tandis qu'il doit être démontré qu'une fausse publicité énonce un état de fait «contraire à la réalité»¹³², une déclaration publicitaire pourra être qualifiée de trompeuse si, par l'impression générale qu'elle dégage¹³³, elle a la capacité de tromper le consommateur moyen¹³⁴. C'est d'ailleurs cette exigence de «capacité de tromper» qui est la plus susceptible d'être rencontrée par un bon nombre de déclarations problématiques portant sur la performance environnementale des produits ou services compte tenu de la difficulté de démontrer avec exactitude la fausseté d'une déclaration écologique vague¹³⁵. De plus, comme nous l'explique Nicole L'Heureux, il semble établi que : «les annonces faites sans vérification suffisante, qui ne reposent pas sur des bases raisonnables, [...] etc., sont trompeuses»¹³⁶.

Bien que les décisions portant sur les exigences relatives au second élément ne semblent pas constantes, il est plausible de conclure que, comme une déclaration écologique constitue un attribut majeur sur lequel se fonderont les consommateurs qui désirent procéder à un achat produisant moins d'impacts sur l'environnement¹³⁷, la preuve nécessaire pourrait être

132. «To prove falsity, an essential objective test is applied by asking the question : “does the representation make a statement that is factually erroneous or incorrect?”» : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 89 à la p. 1-24.

133. L'alinéa 52 (4) de la *L. c.*, *supra* note 24, est à cet effet particulièrement clair : «**52 (4)** Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important il faut tenir compte de l'impression générale qu'elles donnent ainsi que de leur sens littéral.»

134. Il n'est en effet pas nécessaire de démontrer que la déclaration publicitaire a, de fait, trompé un consommateur. Le simple risque suffit. Voir à ce propos : D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-12; N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 312-314.

135. En effet, en l'absence de définitions précises, rien n'empêcherait d'argumenter sur l'exactitude d'une déclaration affirmant qu'un produit est «biodégradable», même si le temps nécessaire à la décomposition du produit concerné excède en fait plusieurs siècles, ou «recyclable», malgré le fait qu'un seul lieu sur la planète soit équipé convenablement pour procéder concrètement au recyclage de ce même produit.

136. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 312.

137. Voir la section 2.1 ci-dessus.

apportée sans trop de mal dans un litige concernant une telle forme de publicité. En effet, les auteurs Affleck et McCracken affirment que :

Whether or not a particular court will conclude that a specific misrepresentation is «misleading in a material respect» is impossible to predict with certainty. However, the cases decided under section 52, prior to the 1999 amendments, would indicate *that if the court concludes that the misrepresentation is unlikely to impact upon the purchase decision of a typical member of the market targeted by the advertisement, the court should acquit the accused*.¹³⁸ [nos italiques]

Quant au troisième élément, dont la démonstration n'est requise que depuis 1999, sa portée exacte demeure encore indéfinie¹³⁹, sans doute parce que le *Bureau de la concurrence* favorise l'entreprise de recours en vertu de la partie VII.1¹⁴⁰. En tout état de cause, il semble que sa preuve sera très difficile à apporter pour toute forme de déclaration publicitaire¹⁴¹.

Advenant le cas où l'accusé serait déclaré coupable d'une infraction à l'article 52 (1), les sanctions prévues à l'alinéa 52 (5) de la *L.c.* lui seraient applicables, à savoir : (1) une amende dont le montant demeure à la discrétion du tribunal ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas cinq ans dans les cas où la poursuite a été instituée par mise en accusation ou (2) une amende

138. D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-15. Une lecture *a contrario* permet de croire que le second élément se trouve rencontré par la plupart – sinon toutes – les déclarations écologiques.

139. «It is not clear whether, to constitute an offence under section 52 (1) as amended, it will be sufficient to prove that an accused knowingly or recklessly made a representation to the public, where the representation in question is shown to be false or misleading. Will it also be necessary to establish that the accused knew, or should have known, that the representation was false or misleading? Further, will it be necessary to establish that the accused knew, or should have known, that the representation was false or misleading “in a material respect”? These are the questions upon which courts will be called to adjudicate as jurisprudence is developed under the amended section 52 (1)» : D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-8.

140. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *supra* note 124 aux pp. 1-2.

141. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 309.

maximale de 200 000\$ ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas un an pour les cas entrepris par procédure sommaire¹⁴².

2.1.3. Les recours civils de la partie VII.1 de la *Loi sur la concurrence*

Les deux autres recours disponibles, faisant tous deux partie intégrante de l'article 74.01 de la *L.c.*, partagent certains traits communs¹⁴³. Ainsi, outre que le fardeau de preuve applicable soit celui de la prépondérance des probabilités¹⁴⁴, les tribunaux compétents en la matière sont les mêmes, soit : le *Tribunal de la concurrence*, la première instance de la Cour fédérale et les différentes cours supérieures provinciales¹⁴⁵. Aussi, la constatation d'une infraction aux différents alinéas de l'article 74.01 impliquera l'octroi d'ordonnances – ou de sanctions – identiques, lesquelles sont prévues à l'article 74.1 :

74.1 (1) Le tribunal qui conclut, à la demande du commissaire, qu'une personne a ou a eu un comportement susceptible d'examen en application de la présente partie peut ordonner à celle-ci :

a) de ne pas se comporter ainsi ou d'une manière essentiellement semblable;

b) de diffuser, notamment par publication, un avis, selon les modalités de forme et de temps qu'il détermine, visant à informer les personnes

142. *L. c.*, *supra* note 24, art. 52 (5). Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 89 à la p. 1-120.

143. Il importe d'ailleurs de mentionner que la terminologie choisie par le législateur fédéral pour les alinéas 74.01 (1) a) et b) est extrêmement similaire à celle de l'article 52 (1) de la *L. c.* avant qu'il ne soit modifié par la *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquences*, *supra* note 94. Cet état de fait a principalement pour effet de rendre applicables aux recours civils de la partie VII.1 la majorité des décisions à avoir été rendues sous l'égide de l'ancien article 52 (1) avec les modulations appropriées relativement à l'intensité de la preuve qui doit aujourd'hui être apportée par le Procureur général.

144. *Canada (Commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International Inc.*, [2002] C.A.C.T. 24, para. 53; STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 aux pp. 67-68; BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Indications et pratiques commerciales trompeuses*, en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct01072f.html>> (page consultée le 6 août 2004).

145. *L. c.*, *supra* note 24, art. 74.09. Voir aussi : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 335.

d'une catégorie donnée, susceptibles d'avoir été touchées par le comportement, du nom de l'entreprise que le contrevenant exploite et de la décision prise en vertu du présent article, notamment :

(i) l'énoncé des éléments du comportement susceptible d'examen,

(ii) la période et le secteur géographique auxquels le comportement est afférent,

(iii) l'énoncé des modalités de diffusion utilisées pour donner les indications ou faire la publicité, notamment, le cas échéant, le nom des médias -- notamment de la publication -- utilisés;

c) de payer, selon les modalités que le tribunal peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale :

(i) dans le cas d'une personne physique, de 50 000 \$ pour la première ordonnance et de 100 000 \$ pour toute ordonnance subséquente,

(ii) dans le cas d'une personne morale, de 100 000 \$ pour la première ordonnance et de 200 000 \$ pour toute ordonnance subséquente.¹⁴⁶

Finalement, le législateur fédéral a prévu, au troisième alinéa de l'article 74.1 de la *L.c.*¹⁴⁷, que la défense de diligence raisonnable demeurerait admissible seulement dans les cas où l'ordonnance - ou la sanction - recherchée était visée par les alinéas (1) b) ou c) du même article.

146. *L. c.*, *supra* note 24, art. 74.1.

147. «74.1 (3) L'ordonnance prévue aux alinéas (1)b) ou c) ne peut être rendue si la personne visée établit qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher un tel comportement.» : *L.c.*, *supra* note 24. Voir aussi : STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 à la p. 68.

2.1.3.1. Recours sous l'article 74.01 (1) (a) de la *Loi sur la concurrence*

L'analyse préalable des éléments de preuve requis à l'appui d'un recours intenté en vertu de l'article 52 (1) laisse bien peu de choses à ajouter sur celle de l'article 74.01 (1) (a) de la *L.c.* [ci-après l'article 74.01 (1) (a)]. En effet :

Les critères qui permettent de qualifier une indication de fausse ou trompeuse sur un point important, relativement à l'infraction de nature criminelle de l'article 52 (1) servent également pour qualifier le comportement réprimé par l'article 74.01 (1) (a), sauf cependant l'élément d'intention.¹⁴⁸

Force est donc de constater que deux seuls éléments distinguent le recours de 74.01 (1) a), soit : (1) la non exigence du caractère intentionnel ou grossièrement négligent de l'infraction de même que (2) l'appréciation de la suffisance de la preuve présentée selon la prépondérance des probabilités. En conséquence, on peut affirmer sans se tromper que cette preuve «allégée» peut permettre, en théorie, à un plus large éventail de déclarations écologiques d'être sanctionnées comme fausses ou trompeuses¹⁴⁹.

2.1.3.2. Recours sous l'article 74.01 (1) (b) de la *Loi sur la concurrence*

The distinctive feature of paragraph 74.01 (1) (b) is that once an advertiser has made a performance claim he or she must be prepared to prove that an «adequate and proper» test has been conducted which substantiates the claim.¹⁵⁰

148. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 321.

149. «As a result, the civil adjudicative channel for regulating misleading advertising is expected to have the ability to operate more quickly than the criminal channel and handle a much larger number of cases.» : STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 à la p. 68.

150. B.R. Fraser et D. M. W Young, *supra* note 78 à la p. 1-51. Voir aussi : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 322.

Cette citation des auteurs Fraser et Young résume parfaitement bien les deux grands traits particuliers du recours prévu à l'article 74.01 (1) b) de la *L.c.* [ci-après l'article 74.01 (1) b)]. Premièrement, c'est le manque - ou l'absence - de vérification préalable à l'appui d'une déclaration publicitaire qui est visé par le présent recours, sans égard au caractère réellement faux ou trompeur de cette dernière. En ce sens, une déclaration qu'un tribunal considérerait avoir été faite sans vérification suffisante sera considérée comme contrevenant à l'article 74.01 (1) b), indépendamment que les résultats de tests «suffisants et appropriés», effectués après la publicisation de la déclaration démontrent la justesse de celle-ci¹⁵¹.

Deuxièmement, le recours de l'article 74.01 (1) b) est le seul à impliquer un transfert du fardeau de la preuve sur les épaules de la personne responsable de la déclaration sous examen¹⁵². Ainsi, une fois que le demandeur aura fait la preuve que la déclaration susceptible d'examen est relative au *rendement*, à *l'efficacité* ou à *la durée utile* d'un produit, le défendeur devra démontrer que cette même déclaration était fondée sur la réalisation d'*épreuves suffisantes et appropriées*¹⁵³.

151. D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-40. Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-70.

152. À noter que ce renversement du fardeau de la preuve a été reconnu comme constitutionnellement valide par la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, alors qu'il était rattaché à la disposition criminelle de l'ancien alinéa 52 (1) b). Le fait que l'article 74.01 (1) b) soit aujourd'hui de nature civile nous permet d'affirmer que la validation de la Cour suprême est toujours applicable.

153. «... en application de l'alinéa 74.01 (1) b), il incombe au demandeur de démontrer que des indications réputées susceptibles d'examen ont été données. Lorsque le demandeur accomplit cette démarche, le fardeau de la preuve passe aux défendeurs, qui doivent démontrer que les déclarations ou garanties pertinentes se fondent sur des épreuves "suffisantes et appropriées".» : *Canada (Commissaire à la concurrence) c. P.V.I. international*, *supra* note 144. Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-49.

Dans la plupart des cas¹⁵⁴, c'est donc l'existence d'épreuves justificatrices et le caractère suffisant et approprié de celles-ci qui seront au cœur des litiges impliquant des déclarations écologiques douteuses. En ce sens, et bien que les tribunaux aient considéré la suffisance d'épreuves – ou tests – de plusieurs types,¹⁵⁵ il semble clair que, pour qu'une déclaration écologique soit déclarée valable, la pré-existence d'assises scientifiques pertinentes, objectives et reconnues devra être démontrée.¹⁵⁶ Dans ce même ordre d'idées, il semble d'ailleurs que l'intégration du standard *ISO - 14 021* par l'*Association canadienne de normalisation*¹⁵⁷ [ci-après *CSA*], puisse permettre la prise en considération des exigences internationales en matière de justification raisonnable pour une *auto-déclaration* écologique.¹⁵⁸

Mentionnons finalement que la seule décision jurisprudentielle à avoir été rendue en matière de publicité écologique¹⁵⁹, l'affaire *Canada (Commissaire*

154. Bien qu'il soit évident qu'une *auto-déclaration* relative à certains aspects - qu'ils soient globaux ou spécifiques - de la performance environnementale d'un produit ou service (par exemple : «amical pour l'environnement», «meilleur pour l'environnement», «recyclable» ou «biodégradable») pourra être considérée comme directement liée au rendement, à l'efficacité ou à la durée utile d'un produit, il paraît plus difficile de faire entrer dans la même catégorie les *auto-déclarations* de préférence environnementale faisant référence au contenu (par exemple : «sans CFC», «sans phosphate» ou «composé de 35% de matériau recyclé»).

155. «“Tests” referred to in subsection 74.01 (1) b) may be, but need not be, scientific in nature. For example, the general experience of users of the product may constitute adequate and proper tests to substantiate a performance claim concerning a product.» : D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-42. Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-52.

156. B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-54.1.

157. CSA, *CAN/CSA-ISO 14 021-00*, en ligne : <<http://www.csa-intl.org/onlinestore/GetCatalogItemDetails.asp?mat=2010864&Parent=2207>> (page consultée le 6 août 2004).

158. B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-52.

159. Il importe toutefois de mentionner au passage que l'affaire *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Para Inc.*, en ligne : <<http://www.ct-tc.gc.ca/francais/cas/ct-2003-004/para.html>> (page consultée le 6 août 2004), réglée hors-cour et qui visait une déclaration publicitaire alléguant qu'un certain type de peinture vendue par Para permettait, si utilisée par le consommateur, de réduire les pertes de chaleur et d'économiser sur la consommation d'énergie, peut être indirectement considérée comme touchant à la problématique de la publicité écologique.

de la concurrence) c. *P.V.I. International Inc.*, l'a été sous l'égide du paragraphe 74.01 (1) b)¹⁶⁰.

Ceci complète donc le tour d'horizon des différents recours nationaux actuellement à la portée des consommateurs écologiques. Toutefois, compte tenu de notre choix d'analyser la suffisance du cadre normatif canadien selon une perspective québécoise, le portrait de la situation ne saurait être complet sans que nous ne nous soyons penchés sur les normes dont l'application, advenant un litige portant sur une déclaration écologique d'apparence fausse ou trompeuse, ne serait possible qu'au Québec.

2.2. État du droit québécois sur la question de la publicité écologique : Le régime de la *Loi sur la protection du consommateur*

Le Québec compte, lui aussi, un nombre assez limité de recours ayant trait au contrôle des déclarations écologiques. Ainsi, non seulement aucune disposition - tant normative que réglementaire - ne vise directement la question de la publicité écologique en tant que telle, mais un seul texte législatif général est accessible en droit québécois. En effet, et malgré l'existence de quelques dispositions intéressantes au sein du *Code civil du Québec*¹⁶¹, seule la portion de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁶² [ci-après la *L.p.c.*] qui proscriit certaines «pratiques interdites» serait invocable dans le cas d'un litige

160. L'affaire *Canada (Commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International Inc.*, *supra* note 144, a été rendue par le Tribunal de la concurrence en mai 2002 et concernait un dispositif qui, selon la publicité visée par le recours, permettrait de réduire la consommation d'essence d'un véhicule automobile de 22% et, incidemment, la pollution dégagée lors de son utilisation. Les articles 74.01 (1) a) et b) ont été invoqués à l'appui du recours. Le Tribunal fonde son analyse principalement sur l'allégation spécifique de réduction de consommation de carburant de 22% et non sur la vérification de celle, générale, des émissions polluantes. Cet «angle d'attaque» nous laisse donc perplexe quant à savoir si les tests sur lesquels l'entreprise s'était fondée pour justifier sa déclaration publicitaire auraient été déclarés insuffisants si la publicité visée n'avait comporté qu'un aspect général.

161. L. Q. 1991, c. 64, art. 1401 et 1457.

162. *Supra* note 25, Titre II.

concernant une forme déloyale de publicité écologique¹⁶³. Les dispositions pertinentes sont d'ailleurs les suivantes :

219. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur.

220. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit:

a) attribuer à un bien ou à un service un avantage particulier;

[...]

221. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit :

a) prétendre qu'un bien ou un service comporte une pièce, une composante ou un ingrédient particulier ;

[...]

g) attribuer à un bien ou à un service une certaine caractéristique de rendement.¹⁶⁴

163. En effet, les exigences relatives aux trois seules dispositions du *C.c.Q.* qu'on pourrait invoquer à l'appui d'un recours concernant une déclaration écologique d'apparence fausse ou trompeuse ne semblent pas compatibles avec ce type de publicité. Ainsi, tandis que les développements jurisprudentiels ont fait de l'erreur provoquée par le dol, prévue à l'article 1401 *C.c.Q.*, une cause de nullité qui ne s'applique plus qu'aux actes de malhonnêteté les plus flagrants, commis par ou à la connaissance du cocontractant - voir à ce propos N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 356; S. Gaudet et J. Pineau, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 aux pp. 175 à 188 - le régime des articles 1457 et 1458 du *C.c.Q.* (compte tenu du fait que le «consommateur-demandeur» ne peut être directement lésé par une déclaration écologique déloyale (*supra* note 98)) apparaît également inapplicable. Notons toutefois que le jeu de l'article 270 de la *L.p.c.* pourrait permettre indirectement de recourir aux dispositions du *C.c.Q.* dans le cas d'une infraction à la *L.p.c.*.

164. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 219-221.

D'entrée de jeu, notons que la preuve nécessaire à la démonstration du caractère faux ou trompeur d'une affirmation publicitaire, sous l'égide des articles 219 et suivants de la *L.p.c.*, comporte plusieurs éléments similaires à la prohibition des articles 52 (1) et 74.01 (1) de la *L.c.*, dont principalement la définition très large des formes de «représentations» dont le caractère faux ou trompeur peut être sanctionné par la *L.p.c.*¹⁶⁵ ainsi que le fait d'évaluer le caractère trompeur d'une déclaration publicitaire en considérant le point de vue de la personne crédule et inexpérimentée¹⁶⁶ et l'impression générale qui se dégage de la déclaration concernée¹⁶⁷.

Toutefois, le régime établi par les articles 219 et suivants de la *L.p.c.* implique une différence majeure par rapport au régime fédéral en ce qui a trait au champ d'application couvert. En effet, puisque les recours intentés sous l'égide des articles 220 et 221 de la *L.p.c.* ne concernent qu'un nombre prédéterminé de déclarations publicitaires fausses, seul un recours entrepris en vertu d'une violation de l'article 219 de la *L.p.c.* pourra permettre de sanctionner une publicité «trompeuse»¹⁶⁸. Cet état de fait, compte tenu des difficultés inhérentes à la démonstration du caractère faux de plusieurs types de déclaration écologique¹⁶⁹ et indépendamment de la présomption de dol qui s'applique à l'article 220 (1) a)¹⁷⁰, nous semble donc octroyer un caractère préférentiel au

165. C. Masse, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999 à la p. 835. Mentionnons également que l'omission de fournir certaines informations est également considérée comme une infraction par le jeu de l'article 228 de la *L.p.c.*, *supra* note 25.

166. *Turgeon c. Germain Pelletier ltée*, [2001] R.J.Q. 291 à la p. 295 (C.A.). Voir aussi : G. Morin et F. Tôth, *Loi sur la protection du consommateur et règlement d'application*, Toronto, Thomson-Carswell, 2003 à la p. 85.

167. «**218.** Pour déterminer si une représentation constitue une pratique interdite, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elle donne et, s'il y a lieu, du sens littéral des termes qui y sont employés» : *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 218. Soulignons également que, comme dans le cas du régime fédéral, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'une déclaration publicitaire a, dans les faits, effectivement trompé quelqu'un pour qu'elle puisse être sanctionnée comme trompeuse. Voir à ce sujet : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 347; *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 217.

168. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 346.

169. Voir la section 1.2.2 ci-dessus.

170. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 253.

choix de l'article 219 de la *L.p.c.* pour fonder un recours à l'encontre d'une publicité verte au contenu douteux¹⁷¹.

L'identité des personnes habiles à se constituer demandeurs – ou poursuivants – dans un litige relatif à une publicité verte dépendra du type de remède recherché. Ainsi, advenant le cas où une déclaration écologique semblait violer l'une des dispositions pertinentes de la *L.p.c.*, trois types de recours pourraient être intentés, à savoir : (1) les recours contractuels, (2) administratifs et (3) pénaux¹⁷². Examinons-les successivement.

2.2.1. Les recours contractuels

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi [...], le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas :

[...]

c) la réduction de son obligation;

d) la résiliation du contrat;

e) la résolution du contrat; ou

f) la nullité du contrat,

sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas.

Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.¹⁷³

171. Dans un ordre d'idées prospectif, il est intéressant de soulever la potentialité que l'infraction d'omission de l'article 228 de la *L.p.c.* puisse être invoquée à l'encontre d'une entreprise qui annonce qu'un produit ne contient pas - ou plus - d'un certain type de substance nocive alors que, dans les faits, la substance de remplacement est encore plus nocive. En ce sens : «Le pivot de cette disposition est bien sûr la question de savoir ce qu'est un "fait important". Un "fait important" est une information qui, si elle avait été communiquée au consommateur en temps opportun, aurait été de nature à influencer sur sa décision de contracter ou sur les conditions et modalités du contrat.» : C. Masse, *supra* note 165 à la p. 862.

172. Cette division a été empruntée à l'ouvrage suivant : N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 391-442.

173. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 272.

Essentiellement, les recours contractuels visent à permettre aux consommateurs lésés par une publicité fausse ou trompeuse d'annuler leur achat ou de faire réduire leurs obligations. La sanction imposée dépendra principalement de l'importance que le tribunal accordera à l'élément sur lequel portait la déclaration fausse ou trompeuse dans la décision d'achat¹⁷⁴. Ce type de recours paraît, pour les motifs que nous avons énoncés plus haut¹⁷⁵, difficilement admissible en matière de publicité écologique, sauf peut-être pour obtenir une réduction du prix de vente payé¹⁷⁶.

2.2.2. Les recours administratifs

Les recours administratifs visent principalement à faire cesser les pratiques qui semblent en contravention avec la *L.p.c.*, et impliquent la participation directe du président de l'*Office de protection du consommateur*¹⁷⁷ [ci-après l'*O.P.C.*]¹⁷⁸. Celui-ci jouit d'un très large pouvoir discrétionnaire en matière de vérification des différentes déclarations publicitaires diffusées sur le territoire québécois. En effet, les articles 311 et 312 lui permettent, s'il croit qu'une infraction a été commise en matière de publicité, d'ordonner à l'entreprise suspectée de lui communiquer le contenu de sa publicité et/ou d'en démontrer la véracité¹⁷⁹.

174. C. Masse, *supra* note 165 à la p. 835.

175. *Supra* note 163.

176. En effet, il est reconnu que certains biens et services «verts» sont vendus à un prix plus élevé que les autres produits ou services leur étant similaires. Voir à ce propos : J. Marchand, *supra* note 36 aux pp. 326-327; F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 175-176; W. Coddington, *supra* note 37 aux pp. 88-89.

177. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 291-292.

178. «Les remèdes administratifs jouent un rôle positif pour prévenir les transgressions. Ils sont des moyens plus souples et mieux adaptés aux circonstances que les sanctions pénales pour éliminer efficacement les pratiques répréhensibles. [...] Le président a discrétion pour choisir le moyen approprié à chaque cas pour mettre fin, pour l'avenir, à une pratique trompeuse, pour obtenir la réparation des dommages subis par le consommateur et pour assurer le rétablissement de la vérité.» : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 439.

179. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 311-312.

Par la suite, s'il juge que la publicité concernée comporte un aspect faux ou trompeur, le président de l'*O.P.C.* peut décider «d'imposer»¹⁸⁰ une des trois sanctions administratives suivantes : (1) demander un «engagement volontaire» de la part de la personne qu'il croit être en infraction¹⁸¹, (2) s'adresser au tribunal pour obtenir une injonction à l'encontre de cette même personne¹⁸² ou (3) s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance rectificative¹⁸³. Analysant le succès des sanctions administratives pouvant être administrées sous l'égide de la *L.p.c.*, le professeur Claude Masse, spécialiste en droit de la consommation, écrit que:

Les pouvoirs conférés au président en ce qui a trait aux engagements volontaires ont permis une certaine forme de déjudiciarisation des interventions de l'*O.P.C.* [...] On signale à l'*O.P.C.* qu'une cinquantaine d'engagements volontaires ont été pris depuis une dizaine d'années et que cette formule fonctionne bien en général. Les cas de récidive ou de non-respect des engagements volontaires de la part des commerçants seraient rares en pratique.¹⁸⁴

Les succès rapportés de la pratique des «engagements volontaires» ne sont toutefois pas nécessairement transposables en matière de contrôle du contenu des déclarations publicitaires. En effet, nos recherches n'ont permis d'obtenir aucune information sur les cas où le président de l'*O.P.C.* aurait effectivement exercé l'un des pouvoirs des articles 311 et 312 de la *L.p.c.* ce qui, considérant le très large éventail de dispositions sur lesquelles peut porter un

180. Nous avons placé entre guillemets l'expression «d'imposer» puisque, dans les faits, le président de l'*O.P.C.* ne peut que négocier - avec les contrevenants potentiels ou les tribunaux - l'imposition des sanctions dites «administratives». Il ne jouit en effet d'aucun pouvoir judiciaire en tant que tel. Voir à ce sujet : N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 359 et 439.

181. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 314 (2) et 315. À noter que la violation d'un engagement volontaire est considérée comme une infraction à la *L.p.c.* sanctionnable pénalement : «277. Est coupable d'une infraction la personne qui : [...]d) ne se conforme pas à un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1;» : *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 277.

182. *Ibid.*, art. 316.

183. *Ibid.*, art. 317.

184. C. Masse, *supra* note 165 à la p. 1117.

«engagement volontaire»¹⁸⁵, empêche de déterminer l'effectivité concrète de ces pouvoirs en matière de déclarations publicitaires et, qui plus est, de publicité verte¹⁸⁶.

2.2.3. Les recours pénaux

Bien que leur existence soit fondamentale au sein d'une loi visant la protection des consommateurs¹⁸⁷ et que toute infraction à la *L.p.c.* puisse, théoriquement, être sanctionnée par leur entremise¹⁸⁸, les recours pénaux de la *L.p.c.* sont considérés comme une voie de dernier recours¹⁸⁹ que seul le Procureur général du Québec peut emprunter¹⁹⁰.

Les sanctions pénales qu'un tribunal peut imposer à une personne reconnue coupable d'avoir diffusé une déclaration publicitaire fausse ou trompeuse se retrouvent à l'article 278 de la *L.p.c.*, lequel se lit ainsi :

278.

Une personne déclarée coupable d'une infraction constituant une pratique interdite [...] est passible :

a) dans le cas d'une personne physique, d'une amende de 600\$ à 15 000\$

185. Le pouvoir du président de l'*O.P.C.* d'accepter un engagement volontaire de la part d'une personne ne connaît en effet d'autres limites que celles des lois sous la responsabilité de l'*O.P.C.* : *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 314.

186. La difficulté d'obtenir les informations relatives au contenu des «engagements volontaires» est d'ailleurs décrite par la professeure Nicole L'Heureux en ces termes : «La Loi n'impose pas au président l'obligation de rendre compte publiquement des engagements volontaires qui sont souscrits. Le public aurait toutefois intérêt à ce qu'une divulgation régulière en soit faite.» : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 440.

187. C. Masse, *supra* note 165 à la p. 1073.

188. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 277.

189. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 415.

190. *Code de procédure pénale*, *supra* note 107, art. 1 et 9. Le Procureur général du Québec est donc le seul à pouvoir intenter une poursuite pénale en vertu de la *L.p.c.*, sous réserve évidemment des commentaires énoncés plus haut sur le droit de poursuite du citoyen : *supra* note 107.

b) dans le cas d'une personne morale, d'une amende de 2 000\$ à 100 000\$¹⁹¹

De plus, en matière de publicité fausse ou trompeuse, l'article 288 de la *L.p.c.* prévoit qu'un juge peut, advenant qu'il condamne un accusé en vertu de l'article 278 de la *L.p.c.*, rajouter à l'amende imposée une ordonnance rectificative¹⁹². La professeure Nicole L'Heureux nous apprend que cette ordonnance pourra être de deux ordres, soit de divulgation ou corrective¹⁹³.

Soulignons finalement que, pour un défendeur, la particularité d'un recours pénal intenté sous l'égide de la *L.p.c.* tient à l'admissibilité de la défense de diligence raisonnable pour contrer la preuve d'une pratique interdite¹⁹⁴.

2.3. Lacunes et difficultés

L'analyse des dispositions normatives et réglementaires invocables en matière de contenu des déclarations écologiques nous amène d'abord à constater que certains mécanismes intéressants sont déjà en place. En effet, le renversement du fardeau de la preuve prévu à l'article 74.01 (1) b) de la *L.c.* de même que les pouvoirs conférés au président de l'*O.P.C.* par les articles 311 et 312 de la *L.p.c.* ont le potentiel de court-circuiter les immenses difficultés - et parfois l'impossibilité - inhérentes à la démonstration, par un consommateur ou

191. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 278. Mentionnons que l'article 280 de la *L.p.c.* prévoit que, dans le choix de l'amende qui sera imposée, le tribunal doit prendre en considération les implications économiques de l'acte qui est sanctionné.

192. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 288.

193. «L'ordonnance de divulgation a pour but de forcer le commerçant à fournir une information qui fait défaut dans la pratique ou dans l'annonce originale et dont l'absence rend le procédé ou le message trompeur. [...] L'ordonnance de publicité corrective, par contre, veut corriger les effets résiduels d'une publicité antérieure. Elle va plus loin que l'ordonnance de divulgation en ce que non seulement elle tente de fournir tous les éléments qui manquent dans un message publicitaire et qui rendent l'annonce trompeuse ou déloyale, mais en ce qu'elle cherche également à compenser pour les effets résiduels d'une annonce trompeuse ou déloyale passée.» : N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 420-421.

194. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 287.

un concurrent de l'entreprise émettrice, du caractère faux ou trompeur d'une publicité verte¹⁹⁵.

Toutefois, l'actuel régime normatif canadien est loin d'être suffisant pour permettre de pallier les difficultés qui entravent actuellement l'essor de la consommation écologique et ce, pour deux principales raisons relatives à (1) l'absence de dispositions réglementaires contraignantes portant spécifiquement sur le contenu des déclarations écologiques et (2) la concentration des pouvoirs de recourir aux dispositions de la *L.c.* et de la *L.p.c.*.

En premier lieu, compte tenu de la nature particulière des déclarations écologiques et du fait que le préjudice potentiel ne touche pas directement les consommateurs¹⁹⁶, il semble que la protection des éco-consommateurs ne puisse être, à court ou moyen terme, adéquatement couverte par des dispositions réglementaires d'application générale telles que contiennent actuellement la *L.c.* et la *L.p.c.*¹⁹⁷. Ainsi, quoiqu'il s'agisse d'un effort louable eu égard à l'absence de normes similaires au Québec, nous croyons que le choix du ministère fédéral de l'Industrie d'adopter les *Principes et lignes directrices* sous la forme d'une «directive indicative», donc sans portée contraignante, pose problème. En ce sens :

195. «The problem of market dysfunction is exacerbated by the fact that purchasers acting as environmental planners cannot test the veracity of the information disseminated by market actors; environmental claims, unlike virtually all other product claims, are not subject to empirical testing by the consumer.» : D. S. Cohen, *supra*, note 59 à la p. 240.

196. «In traditional advertising, the legislature's primary concerns are the industry and the consumer. Environmental marketing introduces a new facet - environmental protection goals.» : A. K. McClure, *supra* note 34 à la p. 1352. Voir aussi *supra* note 98.

197. La pertinence de recourir à des dispositions générales de proscription de la publicité fausse ou trompeuse afin de solutionner le problème posé par la publicité écologique a d'ailleurs déjà été traité en droit américain : «... “why shouldn't environmental marketing claims be regulated like all others - if they're deceptive, prosecute under current provisions of the FTC Act?” Responding to this inquiry on the part of the Federal Trade Commission, Attorney General Humphrey answered at 1991 FTC hearings on industry guidelines in environmental advertising that “we have *never* seen any other marketing issue of this magnitude” and that “a case-by-case approach will be too slow and too cumbersome in developing the boundaries for legitimate environmental claims.» : D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 aux pp. 443-444. Voir aussi : M. J. Trebilcock, «Rethinking consumer protection policy» dans C. E. F. Rickett et T. G. W. Telfer, dir., *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 68 aux pp. 73-77.

The *Principles*, despite their shortcomings, represent only a tentative first step toward addressing the rapidly expanding growth in misleading environment-related advertising. But given the serious negative environmental impacts generated by this kind of misinformation in the consumer marketplace, together with the serious substantive deficiencies of the *Principles* and the absence of an independent, public enforcement institution, it is unlikely that this particular regulatory instrument alone, at least in its present form, could ever address the problem adequately.¹⁹⁸

Aussi, l'accessibilité concrète aux dispositions pertinentes de la *L.c.* et de la *L.p.c.* paraît également poser problème. En effet, l'étendue des pouvoirs du *Commissaire de la concurrence* fédéral et du président de l'*O.P.C.* québécois a pour principale conséquence de soumettre à leur «approbation préalable» l'institution de recours portant sur une déclaration écologique d'apparence fausse ou trompeuse. En ce sens, si l'on considère la multitude de pratiques publicitaires à teneur environnementale examinées en première partie, le fait qu'un seul recours ait été intenté au Canada en rapport direct avec le contenu d'une publicité verte¹⁹⁹ est pour le moins singulier et vient, à notre sens, appuyer l'existence de lacunes relativement à l'identité des personnes habilitées à intenter des poursuites en la matière²⁰⁰.

Dans ce même ordre d'idées, il semble problématique que la nature indirecte du préjudice subi par un éco-consommateur floué par une déclaration écologique fausse ou trompeuse ne lui permette pas de jouir de la totalité des recours civils et contractuels qui devraient lui être ouverts.

198. D. S. Cohen, *supra* note 59 à la p. 255.

199. «Notwithstanding the plethora of claims for environmental friendliness currently being made, there has been little judicial guidance for the application of the statutory provisions to such claims.» : B. R. Fraser et D. M. W Young, *supra* note 78 à la p. 1-73. Voir aussi *supra* note 160.

200. Mentionnons également que le fait que le mandat du président de l'*O.P.C.*, du *Commissaire de la concurrence* et de leurs assistants en matière de traitement des plaintes portant sur des affirmations publicitaires d'apparence fausse ou trompeuse soit extrêmement large pourrait également, entre autres choses, expliquer le très faible nombre de poursuites relatives au thème spécifique de la publicité écologique.

La deuxième partie du présent article une fois derrière nous, il est possible d'affirmer que, bien que le cadre normatif applicable au programme canadien au contrôle des différentes formes de publicité écologique au Canada permette aux *éco-consommateurs* de jouir de certains moyens de s'assurer du bien-fondé ou de la crédibilité des informations environnementales qui leur sont fournies sur les marchés actuels, celui-ci comporte plusieurs lacunes importantes propres à nuire à l'essor de la consommation écologique au Canada. Les résultats de notre analyse nous poussent donc à réfléchir sur les meilleurs moyens de remédier à ces lacunes.

Troisième partie : Quand les dispositions générales ne suffisent pas : proposition de réglementation spécifique au contrôle de la publicité écologique fausse ou trompeuse

Croyant fermement en l'adage «la critique est facile, mais l'art est difficile», nous n'aurions pu considérer cet article comme étant complété sans que l'analyse effectuée en deuxième partie - ainsi que l'inhérente identification des différentes lacunes et difficultés susceptibles de nuire au développement de la consommation écologique au Canada - ne nous amène à formuler quelques-unes de nos propres suggestions quant à la forme que pourraient revêtir les «interventions gouvernementales» nécessaires à la définition d'un cadre juridique adéquat.

Misleading environmental marketing might therefore be considered more detrimental than other forms of marketing and require more extreme measures to address this issue and reduce its use.

[...]

If voluntary «regulations» cannot motivate action, government may have to step in, not only to ensure marketers operate more ethically, but to ensure they operate in a less environmentally harmful fashion.²⁰¹

En guise d'introduction au présent chapitre, il nous semble utile de rappeler nos conclusions à l'effet que l'absence de dispositions réglementaires spécifiques à la question de la publicité écologique fausse ou trompeuse au

201. M. J. Polonsky et autres, *supra* note 20 aux pp. 290-291. Voir aussi : D. S. Cohen, *supra* note 59 à la p. 246.

Canada constitue une des principales difficultés auxquelles il importe de remédier afin de favoriser une consommation écologique effective²⁰². Toutefois, la détermination du type de «resserrement juridique» qui serait susceptible de provoquer le meilleur résultat à cet égard ne saurait être valablement réalisée sans que nous ne puissions d'abord répondre à une question fondamentale : quel pallier de gouvernement est compétent à ce sujet²⁰³?

Dans le cas qui nous intéresse, il nous semble clair que le contrôle des différentes formes de publicité écologique ne peut pas - et ne doit pas - être considéré comme relevant exclusivement d'un seul ordre de gouvernement²⁰⁴. En effet, comme nous l'avons constaté au fil de la deuxième partie de l'article, tant la *L.c.* fédérale que la *L.p.c.* québécoise sont susceptibles d'être invoquées à l'appui d'un recours visant une déclaration écologique fausse ou trompeuse. Cet apparent dédoublement des pratiques, bien loin d'être inutile, nous fournit plutôt deux angles d'attaques distincts pour rendre plus efficace le cadre normatif actuellement en vigueur (1) par la réglementation du contenu des déclarations écologiques et (2) par l'accroissement de la protection accordée aux *éco-consommateurs*.

En ce sens, alors que la compétence fédérale visant le commerce extra-provincial²⁰⁵ justifierait que le législateur canadien travaille à l'élaboration de normes portant sur l'émission même des *auto-déclarations* écologiques au Canada, la compétence provinciale sur le droit civil²⁰⁶ nous semble permettre d'orienter la législation québécoise vers la facilitation des recours auxquels devraient avoir droit les éco-consommateurs lésés par la fourniture d'informations écologiques imprécises ou déloyales.

202. Voir la section 2.3 ci-dessus.

203. H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 406.

204. En effet, comme le pouvoir de réglementer la publicité en tant que telle n'a été octroyé à aucun des deux ordres de gouvernement du Canada, chacun d'entre eux est libre d'adopter une réglementation touchant à ce sujet en autant qu'il le fasse dans le cadre d'une des compétences exclusives qui lui ont été accordées. Voir à ce sujet H. Brun et G. Tremblay, *ibid.* à la p. 409.

205. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91 (2). Voir aussi : *id.* aux pp. 448-456.

206. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 205, art. 92 (13). Voir aussi : H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 203 aux pp. 478-484.

3.1. Droit fédéral : réglementer l'émission des *déclarations* écologiques



Considérant qu'un nombre très limité de personnes sont aptes à évaluer la crédibilité d'affirmations portant sur les caractéristiques environnementales d'un produit ou un service et que l'absence de normes contraignantes rend actuellement attrayant le recours à cette manière simple d'afficher les «efforts environnementaux» faits par l'entreprise émettrice²⁰⁷, il nous apparaît nécessaire que le législateur fédéral²⁰⁸ intervienne pour assurer la véracité des *auto-déclarations*.

Compte tenu de l'ampleur du travail qu'elles sous-entendent, nous avons cru bon de séparer nos suggestions de resserrement juridique en deux catégories déterminées en fonction de la chronologie de leur mise en application.

207. «Since there are no direct costs to making dishonest claims in an unregulated or minimally regulated market, and since many consumers are willing to pay more for products that are marketed as environmentally safe, dishonest manufacturers will have an incentive to make false environmental claims. The expected profits will be greater than the costs of getting caught.» : D. F. Welsh, «Environmental marketing and Federal Preemption of State Law : Eliminating the “Gray” behind the “Green”» (1993) 81 California Law Review 991 à la p. 998.

208. Outre sa compétence constitutionnelle en matière de commerce extra-provincial, le choix du législateur fédéral - et l'incidente adoption d'une législation de portée nationale - nous est apparu pertinent pour éviter que ne se reproduise une situation similaire à celle des États-Unis, où l'adoption de dispositions réglementaires étatiques différentes a causé plusieurs difficultés aux dirigeants d'entreprises qui tentaient de mettre en branle une campagne inter-étatique de marketing vert : «Since protection of consumers is an area traditionally within the scope of state control, all states have laws that regulate environmental claims by product manufacturers. [...] Direct regulation is ultimately unworkable because each state has different standards and consequently the approach to green marketing nationwide is not uniform. This lack of uniformity carries with it unacceptable costs to manufacturers and consumers. Because this lack of uniformity is inherent to a system of state-by-state regulation, state law is a fundamentally improper vehicle for environmental claim regulation. [...] According to a trade association representative : “if, as seems likely, conflicting local and state regulations silence national marketers with respect to environmental claims, the ability of consumers to make environmentally beneficial choices will be seriously impeded.”» : *ibid.* aux pp. 999 et 1004.

3.1.1. Court terme : établir des règles contraignantes pour les entreprises désirant émettre une *déclaration* écologique

Cascades est d'avis que l'écologo apposable sur les produits recyclables  et celui apposable sur les produits contenant des fibres recyclées  devraient être simplifiés et faciles de compréhension à l'occasion de la mise en place de ce règlement, et que le contrôle de leur utilisation devrait être resserré. L'application de ces deux logos est confuse, souvent mal utilisée et incompréhensible pour les consommateurs.²⁰⁹

Ainsi, outre les problèmes liés aux formes de publicité écologique non-appuyées par des épreuves scientifiques suffisantes, cet extrait du mémoire présenté par la compagnie *Cascades* dans le cadre de l'évaluation de la pertinence de remplacer les *Principes et lignes directrices* par le standard ISO-14 021 témoigne bien d'une autre difficulté majeure ayant trait au contenu des *auto-déclarations* écologiques : les nombreux sens qu'on peut octroyer aux termes, sigles ou pictogrammes utilisés dans le cadre de campagnes de marketing vert en l'absence de définitions précises dont le respect serait obligatoire.

Par exemple, le fait de retrouver le ruban de Moëbius sur l'emballage d'un produit de consommation constitue un excellent cas de figure pour démontrer la multitude de significations qu'une déclaration écologique «véridique» peut sous-entendre : Entend-on signifier que le produit est recyclable? Que la compagnie favorise la récupération des produits en tant que telle? Que le produit est composé de 10% de matériaux recyclés post-consommation? Que le produit contient un certain pourcentage de matériaux recyclés pré-consommation? Bref, impossible pour le consommateur écologique de s'y retrouver et de faire un choix éclairé.

209. CASCADES, *Mémoire présenté au commissaire à la concurrence en réponse à la proposition d'adoption de nouvelles lignes directrices concernant les déclarations liées à l'environnement sur l'étiquetage et dans la publicité*, en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/cascades.pdf>> à la p. 6 (page consultée le 6 août 2004).

La solution à court ou moyen terme nous semble donc de rendre obligatoire le respect de documents qui régissent le contenu des *auto-déclarations* écologiques, tels que les *Principes et lignes directrices* ou le standard ISO-14 021, par le biais d'une réglementation claire au Canada.

En ce sens, nous avons cru bon de nous inspirer de la situation juridique qui prévaut actuellement aux États-unis en matière de contrôle du contenu des différentes formes de publicité écologique. En effet, la Federal Trade Commission²¹⁰ [ci-après la FTC] a publié, initialement en 1992²¹¹, un document similaire aux *Principes et lignes directrices* intitulé *Guides for the Use of Environmental Claims*²¹² [ci-après les directives de la FTC] et tout aussi non-contraignant que son corollaire canadien²¹³. L'innovation découle cependant du fait de quelques États, qui ont intégré à leur corpus législatif un certain nombre de dispositions réglementaires rendant passible de sanctions toute entreprise qui ne pourrait démontrer s'être valablement conformée aux directives de la FTC lors de la publicisation d'une *auto-déclaration écologique*. Cet extrait du Code législatif de l'État de l'Indiana constitue un exemple très représentatif :

210. La FTC joue, aux États-Unis, un rôle similaire à celui joué par le Bureau de la concurrence au Canada. Voir à ce sujet : FTC, *A guide to the Federal Trade Commission*, Washington, FTC, 2004 à la p. 1.

211. D. L. Scammon et R. N. Mayer, «Agency Review of Environmental Marketing Claims : Case-by-Case Decomposition of the Issues» (1995) 24 *Journal of Advertising* 33; D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 à la p. 444.

212. 16 C.F.R. § 260 (1996), en ligne : <<http://www.ftc.gov/bcp/grnrule/guides980427.htm>> (page consultée le 6 août 2004).

213. «§ 260.1 Statement of purpose These guides represent administrative interpretations of laws administered by the Federal Trade Commission for the guidance of the public in conducting its affairs in conformity with legal requirements. These guides specifically address the application of Section 5 of the FTC Act to environmental advertising and marketing practices. They provide the basis for voluntary compliance with such laws by members of industry. Conduct inconsistent with the positions articulated in these guides may result in corrective action by the Commission under Section 5 if, after investigation, the Commission has reason to believe that the behavior falls within the scope of conduct declared unlawful by the statute. § 260.2 Scope of guides [...] Because the guides are not legislative rules under Section 18 of the FTC Act, they are not themselves enforceable regulations, nor do they have the force and effect of law. The guides themselves do not preempt regulation of other federal agencies or of state and local bodies governing the use of environmental marketing claims.» : *ibid.* Voir aussi : A. K. McClure, *supra* note 34 aux pp. 1357-1358.

Chapter 17. Environmental Marketing Claims

[...]

IC 24-5-17-2

Application of chapter; violations

[...]

Sec. 2. [...] (b) It is a violation of this chapter for any person to represent that any consumer good which the person manufactures or distributes or its package is «ozone friendly», «biodegradable», «compostable», «photodegradable», «recyclable», or «recycled» unless that consumer good or its package meets the definitions contained in this chapter or meets definitions established in trade regulations or guides adopted by the Federal Trade Commission or in enforceable regulations adopted by another federal agency expressly for the purpose of establishing standards for environmental advertising or representations.²¹⁴

Ainsi, l'insertion d'une disposition obligeant le respect du standard ISO-14 021²¹⁵ au sein de la *L.c.* ou d'un règlement d'application représente, à notre sens, la meilleure option à court terme pour deux raisons : (1) cette modification devrait permettre de faciliter le recours aux mécanismes de la partie VII.1 de la *L.c.* dans le cadre de litiges impliquant le contenu d'une déclaration publicitaire à teneur environnementale²¹⁶ et (2) le resserrement des normes juridiques

214. *Ind. C.*, § 24-5-17-2 (1991), en ligne : <<http://www.in.gov/legislative/ic/code/title24/ar5/ch17.html>> (page consultée le 6 août 2004). Voir aussi : *Cal. Bus. & Prof. C.* § 17580 (1995), en ligne : <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=bpc&group=17001-18000&file=17580-17581>> (page consultée le 6 août 2004) *N.Y.C.R.R. Tit. 6*, § 368.1 (1995), en ligne : <<http://www.dec.state.ny.us/website/regs/part368.html>> (page consultée le 6 août 2004); *Maine Rev. Stat. Tit. 38*, § 2142 (1993), en ligne : <<http://janus.state.me.us/legis/statutes/38/title38sec2142.html>> (page consultée le 6 août 2004).

215. Nous avons choisi de recommander le standard ISO-14 021 compte tenu des travaux qui sont actuellement menés pour qu'on en substitue l'application à celle des *Principes et lignes directrices* au Canada. Voir à ce propos : *supra* note 114.

216. Il est cependant évident que, compte tenu du très large pouvoir discrétionnaire qui a été attribué au *Commissaire de la concurrence*, l'effectivité de cette modification ne saurait être assurée sans un minimum de volonté politique. Mentionnons en ce sens que, munie d'outils

applicables aux différentes formes de marketing vert devrait inciter les membres du secteur privé à faire preuve de plus de rigueur lors de l'élaboration d'une *auto-déclaration* écologique²¹⁷.

3.1.2. **Moyen ou long terme : instaurer un régime similaire à celui qui a été établi pour l'étiquetage des aliments biologiques par la *Loi sur les appellations réservées***

Une fois que la première modification législative aura été bien implantée au sein de la société canadienne - et toujours dans le but de limiter au maximum le risque de confusion découlant d'une multitude de déclarations publicitaires portant sur différents attributs environnementaux des produits ou services offerts sur les marchés canadiens - il pourrait être intéressant de considérer une seconde étape plus restrictive, à savoir l'interdiction des *auto-déclarations* écologiques dont le contenu ne serait pas certifié par une organisation tierce prédéterminée. Le fait de soumettre le droit de diffuser un certain type de publicité à «l'approbation» d'un organisme de certification ne serait d'ailleurs pas une première au Canada :

Article 21

Nul ne peut utiliser, dans la publicité, l'étiquetage, la présentation de tout produit ou dans des documents commerciaux qui s'y rapportent, une appellation réservée, à moins que ce produit ne soit certifié par un organisme de certification accrédité.²¹⁸

similaires, la FTC états-unienne s'est montrée beaucoup plus proactive en matière d'application des règles générales régissant la publicité fausse ou trompeuse aux cas spécifiques de publicité verte. Voir à ce sujet : D. L. Scammon et R. N. Mayer, *supra* note 211 aux pp. 34-40; A. K. McClure, *supra* note 34 aux pp. 1359-1361; D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 aux pp. 443-447.

217. Il est en effet notoire que le degré de conformité aux normes établies en matière de protection de l'environnement est souvent proportionnel à la crainte de faire l'objet de sanctions en cas de manquement à celles-ci. Voir à ce sujet : L. F. Duncan, *supra* note 107 à la p. 352; J.-B. Racine, «La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement» (1996) 4 *Revue juridique de l'environnement* 409 aux pp. 416-417; OCDE, *Gérer l'environnement : le rôle des instruments économiques*, Paris, OCDE, 1994 aux pp. 39-45.

218. *Loi sur les appellations réservées*, L.R.Q., c. A-20.02, art. 21.

Ainsi, nous inspirant directement du régime québécois établi sous l'égide de la *Loi sur les appellations réservées* en matière d'étiquetage des aliments biologiques²¹⁹ et de l'opinion de certains auteurs de doctrine²²⁰, nous croyons qu'une consommation écologique effective ne saurait être mieux assurée que par l'adoption d'un texte de loi réservant l'utilisation de la publicité écologique à une liste prédéterminée d'organismes de certification ainsi qu'à l'incidente création d'un organisme fédéral similaire au Conseil d'appellations agroalimentaires du Québec²²¹ [ci-après le CAAQ] dont la mission serait consacrée à la question de la publicité écologique²²².

3.2. Droit québécois : faciliter les recours des éco-consommateurs individuels

Une autre critique que nous avons formulée au cours de la deuxième partie tient à la difficulté des *éco-consommateurs* canadiens et québécois d'avoir accès aux recours établis tant par la *L.c.* fédérale que la *L.p.c.* québécoise²²³. En ce sens, plutôt que de nous attarder outre mesure sur les meilleurs moyens de sensibiliser les fonctionnaires actuellement responsables de l'amorce des recours sous la *L.c.* et la *L.p.c.* quant à l'importance d'accroître le contrôle sur les

219. «Le CAAQ accorde deux types d'agréments, l'accréditation et la reconnaissance de conformité. L'accréditation est réservée uniquement aux certificateurs qui ont des activités de certification à l'intérieur de la province de Québec. La reconnaissance de conformité, dont la procédure d'attribution est moins complexe, vise les organismes qui certifient des produits de provenance hors-Québec vendus sur le marché québécois. Un organisme reconnu conforme doit nécessairement obtenir l'accréditation du CAAQ s'il souhaite certifier des produits biologiques au Québec.» : CAAQ, *Certificateurs agréés par le CAAQ*, en ligne : <<http://www.caaq.org/bio/commerce/certificateur.asp?var=1>> (page consultée le 29 juillet 2004). Voir aussi : *Règlement sur les appellations réservées*, R.Q. 1996, C.A-20.02, r. 1, art. 1.

220. S. Lavallée et D. Normandin, *supra* note 42 à la p. 306; A. K. McClure, *supra* note 34 aux pp. 1375-1377.

221. CAAQ, *La certification au Québec*, en ligne : <<http://www.caaq.org/bio/certification.asp>> (page consultée le 6 août 2004).

222. Notons par ailleurs que certaines mesures similaires à notre suggestion ont déjà été adoptées aux États-Unis pour l'obtention du droit d'utiliser certaines déclarations écologiques précises comme, notamment, «recyclé» ou «contient des matériaux recyclés.» Voir à ce propos : *N.Y.C.R.R.*, *supra* note 214, § 368; *N. Hamp. Rev. Stat. Tit. 10*, § 149-N, en ligne : <<http://www.gencourt.state.nh.us/rsa/html/indexes/149-N.html>> (page consultée le 6 août 2004).

223. Voir la section 2.3 ci-dessus.

différentes formes de publicité écologique afin de permettre une consommation écologique effective au Canada²²⁴, notre avis est qu'il pourrait être adéquatement pallié à ces difficultés d'accès par l'adoption de mesures civiles ayant pour objet de favoriser la participation du public au contrôle du caractère justifiable des *auto-déclarations* écologiques²²⁵.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le caractère «tertiaire» du préjudice qui sera causé aux consommateurs écologiques qui se procurent un bien ou un service qu'ils croient être moins dommageable pour l'environnement nuit, pour l'instant, à toute forme de poursuites civiles portant sur autre chose que, au mieux, le remboursement du produit ou service acheté sur la base de fausses représentations²²⁶. Or, dans un contexte où la mise en œuvre d'outils de développement durable constitue un objectif primordial pour les acteurs gouvernementaux de la société canadienne²²⁷, ne serait-il pas justifié que l'on

224. Bien que nous considérions évidemment cette sensibilisation accrue comme étant souhaitable, il nous a semblé que les ressources limitées de l'O.P.C. et du Bureau de la concurrence, combinées à la multitude de sujets dont ces derniers doivent tenir compte dans le cadre du mandat qui leur a été conféré, n'étaient guère compatibles avec le caractère réaliste d'une suggestion qui viserait l'accroissement des ressources consacrées au contrôle de la publicité écologique en tant que telle.

225. «La participation du public est un principe directeur du droit de l'environnement et du développement durable [...] Elle assure l'équilibre des intérêts contradictoires qui sont en présence : la qualité du cadre de vie des citoyens; les priorités contradictoires de l'État en matière de développement économique et de protection de l'environnement; les relations suivies et harmonieuses entre l'État et sa clientèle polluante» : P. Halley, *Le droit pénal de l'environnement : l'interdiction de polluer*, Cowansville, Yvon Blais, 2001 à la p. 12.

226. *Supra* notes 98 et 196.

227. Mentionnons à cet effet que, en 1995, un pas important a été franchi en la matière avec la création, par le jeu des articles 15 et 21 ss. de la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. 1985, c. A-17, du poste de *commissaire à l'environnement et au développement durable* au niveau fédéral. Le Québec n'est d'ailleurs pas en reste : «En 1991, le Québec crée le Comité interministériel sur le développement durable auquel il confie le mandat de favoriser l'intégration des principes du développement durable dans les politiques et les programmes du gouvernement» : COMITÉ INTERMINISTÉRIEL SUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Rapport du Québec sur le développement durable*, Québec, Comité interministériel sur le développement durable, 2002 à la p. 59. En ligne : <http://www.menv.gouv.qc.ca/developpement/sommet/Rapport_Durable_2002_F.pdf> (page consultée le 6 août 2004). En 2003, Québec a constitué le *comité ministériel de la prospérité économique et du développement durable* : *Décret concernant le comité ministériel de la prospérité économique et du développement durable*, (2003) 20 G.O.Q. 2003 II. 2521.

considère une atteinte à la volonté d'un individu - exprimée par un geste concret - de diminuer les impacts environnementaux liés à ses activités de consommation comme assimilable à un préjudice direct?

En ce sens, et quoique nous considérions possible qu'une telle interprétation puisse être plaidée avec succès à l'appui d'un recours fondé sur les actuelles dispositions du *C.c.Q.* portant sur la responsabilité civile et contractuelle²²⁸, il nous semblerait particulièrement intéressant que le législateur québécois intègre une présomption légale au sein de la *L.p.c.* - ou du *C.c.Q.* - à l'effet qu'un consommateur - ou un individu - qui se trouve lésé par une déclaration publicitaire à teneur environnementale non-fondée sur des épreuves jugées justes et suffisantes soit présumé avoir subi un préjudice moral découlant de la négation de son désir de réduire les impacts environnementaux liés à sa consommation.

Nous croyons donc que le fait de permettre aux consommateurs écologiques de poursuivre civilement les entreprises faisant preuve de laxisme dans la formulation d'*auto-déclarations* écologiques pourrait produire deux effets, majeurs et interdépendants, qui seraient susceptibles de favoriser l'essor d'une publicité écologique fiable : (1) inciter les *éco-consommateurs* à être plus actifs en matière d'investigation quant au degré de fiabilité des publicités vertes qui leur sont offertes sur le marché et incidemment (2) pallier à un manque de ressources gouvernementales en augmentant le nombre «d'inspecteurs» sur le terrain²²⁹.

Il est évident que nos suggestions de «resserrement juridique» impliquent une certaine diminution des droits et libertés des entreprises désirant diffuser une publicité écologique sur le territoire canadien. La *Charte canadienne des droits et libertés*²³⁰ [ci-après la *Charte canadienne*] constituant désormais une limite fondamentale au pouvoir réglementaire des différents ordres de gouvernement au Canada, il nous est apparu nécessaire de vérifier si

228. *Code civil du Québec*, *supra* note 161, art. 1457 et 1458.

229. R. W. Proctor, *supra* note 107 à la p. 123. Voir aussi : P. Halley, *supra* note 225 à la p. 12; J. Benidickson, *Environmental Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2002 à la p. 155.

230. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

la restriction des droits qui découlerait de la mise en œuvre de nos suggestions pourrait être déclarée incompatible avec les droits et libertés protégés constitutionnellement et, plus particulièrement, le droit à la libre expression.

3.3. Restrictions à la liberté d'expression commerciale des entreprises?

La Cour Suprême du Canada a, avec les affaires *Ford*²³¹, *Irwin Toy*²³² et *RJR-McDonald*²³³, conféré une portée extrêmement large à la notion de «liberté d'expression» telle que protégée par l'article 2 b) de la *Charte canadienne*²³⁴. Selon le constitutionnaliste Richard Moon, la Cour a arrêté que «the freedom is seen as protecting acts of communication, in which an individual “speaker” conveys a message to a listener»²³⁵.

En termes clairs, «l'intention de communiquer un message» constitue l'élément clé afin de déterminer si, oui ou non, une parole, un écrit, une œuvre d'art ou un geste physique est susceptible de tomber sous la coupole de protection de la *Charte canadienne*, la seule limite posée étant les actes violents ou les menaces de violence envers un individu²³⁶. Il était donc normal que la publicité commerciale – et donc les différentes formes de publicité écologique – ne puisse être exclue du champ de protection de la liberté d'expression :

La Cour conclut en l'espèce que la publicité commerciale destinée aux enfants de moins de 13 ans est protégée par la liberté d'expression de l'alinéa 2 b), parce qu'il n'y a pas de raison de conclure autrement compte tenu du principe de l'interprétation large et libérale de la Charte.

La Cour conclut également qu'une loi qui interdit cette publicité commerciale a pour objet de restreindre la liberté d'expression parce qu'elle porte sur le contenu de certains messages et sur une forme

231. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

232. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

233. *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

234. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 230, art. 2 b).

235. R. Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2000 à la p. 26.

236. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 232 à la p. 970.

d'expression liée au contenu, et non pas seulement sur les seules conséquences matérielles d'activités par lesquelles un message est transmis sans égard au contenu.²³⁷

Toutefois, rappelons que l'analyse d'un problème juridique impliquant un droit protégé par la *Charte canadienne* comprend deux étapes principales : (1) la démonstration par le demandeur que la mesure gouvernementale porte atteinte aux droits fondamentaux, et (2) la possibilité pour la Couronne d'amener la preuve que la mesure constitue une atteinte justifiable en vertu de l'article 1 de la *Charte*. En effet, évalués uniquement sous l'angle de l'atteinte aux droits fondamentaux, un très grand nombre de textes de lois devraient être invalidés puisque restreignant la liberté d'expression des citoyens canadiens. Pensons par exemple aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* interdisant la publicité fausse et trompeuse en général²³⁸ ou encore aux dispositions du *Code criminel* interdisant la production de matériel pornographique infantile²³⁹ qui portent manifestement atteinte au droit à la liberté d'expression des individus tel que défini par la Cour suprême.

L'évaluation du caractère raisonnable d'une disposition réglementaire qui restreint la liberté d'expression des Canadiens dépendra, entre autres choses²⁴⁰, de la nature du message visé par la restriction. La Cour suprême a en effet établi que trois valeurs principales sous-tendent le droit constitutionnel à la libre expression, soit «(1) la recherche de la vérité, (2) la participation aux

237. H. Brun, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 à la p. 114.

238. *L.c.*, *supra* note 24, art. 52 et 74.01 et suivants. Mentionnons d'ailleurs que la Cour suprême du Canada a reconnu que l'interdiction de diffuser une publicité qui comporte un ou des éléments faux ou trompeurs était conforme à la *Charte canadienne*. Voir à ce propos : *R. c. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 840; N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 304.

239. *Code criminel*, *supra* note 107, art. 163 ss. Voir aussi : H. Brun, *supra* note 237 à la p. 116.

240. L'arrêt de principe en matière de justification raisonnable d'une restriction à un droit ou à une liberté prévu par la *Charte canadienne* est l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, dans lequel la Cour Suprême prévoit les deux éléments à prendre en considération, soit (1) l'objectif visé par les mesures qui apportent une restriction aux garanties de la Charte doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique et (2) les moyens choisis par le législateur doivent être proportionnels à l'importance des mesures contestées.

décisions sociales et politiques et (3) l'enrichissement et l'épanouissement personnels»²⁴¹. Ainsi, les actes d'expression touchant directement l'une de ces trois valeurs seront considérés faire partie du «cœur» de la liberté d'expression, alors que les autres – comme la recherche d'un profit – seront relégués aux marges. À ce propos :

Political expression, for example, is considered core expression. As such it can be restricted only for the most substantial and compelling reasons. In contrast, pornography and *advertising* are seen as marginal forms of expression, because they are less directly linked to the values underlying freedom of expression.²⁴² [nos italiques]

Il semblerait donc que le droit de diffuser une publicité commerciale au Canada, de l'avis de la Cour Suprême, constitue une forme marginale d'activité expressive qu'il serait plus facile de restreindre par le biais de mesures «raisonnables»²⁴³. En ce sens, considérant le fait qu'aucun tribunal canadien n'a jamais eu à se prononcer directement sur la question de la restriction réglementaire du droit des entreprises d'émettre des déclarations publicitaires à teneur environnementale et avec toutes les modulations qu'impose la citation d'un précédent étranger en droit canadien, il nous est apparu important de souligner l'existence d'une décision de principe en droit états-unien dont les conclusions pourraient trouver une certaine résonance au Canada.

En effet, dans l'affaire *Association of National Advertisers, Inc. c. Lungren*²⁴⁴, la cour de première instance de l'État de la Californie a établi qu'une loi californienne restreignant l'utilisation de certaines expressions lors

241. H. Brun, *supra* note 237 à la p. 114.

242. R. Moon, *supra* note 235 à la p. 35.

243. «While the Supreme Court of Canada has said that advertising falls within the scope of section 2 (b) of the Charter, the court has also said that it does not lie at the core of the freedom and that, in comparison with other forms of expression, *its restriction may be easier to justify under section 1.*» [nos italiques] : R. Moon, *ibid.* aux pp. 77-78. Mentionnons par ailleurs que la Cour suprême a validé la constitutionnalité de deux types de législations restreignant le droit des entreprises de diffuser certaines formes de publicité avec les affaires *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 232 (publicité destinée aux enfants) et *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 233 (publicité visant les produits du tabac).

244. 809 F. Supp. 747 (N.D. Cal. 1992).

de la diffusion d'*auto-déclarations* écologiques²⁴⁵ ne violait pas le droit constitutionnel à la liberté d'expression des entreprises²⁴⁶. Cette décision a par la suite été confirmée en appel²⁴⁷ avant que la permission de porter le litige devant la Cour suprême des États-Unis ne soit refusée²⁴⁸.

En l'espèce, et à la lumière des principales exigences de la jurisprudence dominante en matière de liberté d'expression au Canada, il nous semble possible d'affirmer que nos suggestions de «resserrement juridique» pourraient être considérées comme des atteintes raisonnables au droit des entreprises à la diffusion d'*auto-déclarations* écologiques compte-tenu de (1) l'importance reconnue d'objectifs intimement liés à l'essor d'une publicité écologique fiable tels la protection de l'environnement et la mise en œuvre du développement durable au Canada²⁴⁹, (2) la confusion régnant en ce moment parmi les *éco-consommateurs* canadiens découlant de la trop grande quantité d'informations relatives aux attributs environnementaux des produits et services sur le

245. Cet extrait de la décision de la cour californienne de première instance nous permet de bien cibler la portée de la disposition contestée : «The statute, entitled "Environmental Representations Relating to Consumer Goods", provide that :

It is unlawful for any person to represent that any consumer good which it manufacturers or distributes is "ozone-friendly", or any like term which connotes that stratospheric ozone is not being depleted, "biodegradable", "photodegradable", "recyclable", or "recycled" unless that consumer good meets the definitions contained in this section, or meets definitions established in trade rules adopted by the Federal Trade Commission.

Cal.Bus. & Prof. Code § 17580.5.

The sole issue before this court is whether the California legislature, in its effort to regulate the "green marketing" phenomenon, has run afoul of the Constitution.» : *Association of National Advertisers, Inc. c. Lungren*, *supra* note 244 à la p. 750.

246. *Ibid.* à la p. 762.

247. *Association of National Advertisers, Inc. c. Lungren*, 44 F. (3^e) 726 (9^e Circ., U.S. App., 1994).

248. *Association of National Advertisers, Inc. c. Lungren* (1995), 116 Sup. C. Repr. 62.

249. «Non seulement la protection de l'environnement est-elle devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne, mais ce fait est maintenant reconnu dans des dispositions législatives telles que l'al. 13(1)a) LPE.(tiré de la p. 1076)
[...] Les législateurs doivent disposer d'une grande marge de manœuvre en matière de réglementation environnementale, et l'art. 7 ne doit pas nuire aux démarches législatives souples et d'envergure en matière de protection de l'environnement.» *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 aux pp. 1076 -1078.

marché²⁵⁰, (3) l'opposition existant entre la présence immuable – peu importe son degré – d'un aspect «manipulateur» propre à la nature même d'une campagne de publicité commerciale²⁵¹ et la nécessité d'obtenir les informations les plus transparentes possibles pour permettre une consommation écologique effective et (4) des actuelles difficultés éprouvées par les *éco-consommateurs* canadiens afin de départager les déclarations environnementales valables de celles qui sont moins précises²⁵².

CONCLUSION

Le développement durable ne fera pas long feu s'il est «récupéré»; il risque de rejoindre la cohorte des désillusions si les investissements d'image sont plus substantiels que les renversements de comportement qu'il devrait inspirer.

Patrick D'Humières
*Une aspiration de vérité*²⁵³

Il est clair que l'efficacité environnementale d'un acte de consommation écologique dépend presque exclusivement de la qualité de l'information sur laquelle l'acheteur s'est fondé pour se procurer un bien ou service «vert»²⁵⁴. Conséquemment, pour que les consommateurs décident d'exercer leur pouvoir d'action en matière de réduction des impacts environnementaux liés à leurs habitudes quotidiennes, encore faut-il leur fournir une occasion véritable.

-
250. Cet élément est en effet fondamental puisque, comme l'écrit le professeur David S. Cohen : «... a distrustful public with no way of verifying environmental benefit claims may be prone to ignore even those that are legitimately made and to continue to use those products that give the best immediate results, irrespective of their environmental value...» : D. S. Cohen, *supra* note 59 aux pp. 240-241.
251. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 305.
252. Voir la section 1.2.2 ci-dessus.
253. P. D'Humières, «Une aspiration de vérité» dans A.-M. Ducroux, dir., *Les nouveaux utopistes du Développement Durable*, Paris, Les Éditions Autrement, 2002 à la p.121.
254. INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26 à la p. 4.

Les premières pages du présent article nous ont permis de mettre en lumière les difficultés éprouvées par les éco-consommateurs canadiens désireux de se procurer des biens et services comportant le moins d'impacts pour l'environnement. En effet, la multiplicité des déclarations de préférence environnementale actuellement sur le marché et les nombreuses variations quant à l'indépendance de leurs émetteurs ou la fiabilité de leur contenu auraient contribué à l'établissement d'une certaine stagnation de la consommation écologique au Canada.

Ce constat nous a ensuite mené à l'analyse du cadre normatif canadien applicable à la publicité écologique avec à l'esprit une question bien précise : est-il possible de limiter les *auto-déclarations* environnementales à caractère faux ou trompeur en se fondant sur les normes actuellement en vigueur au Canada?

Bien qu'une interprétation plus littérale des résultats de cet examen aurait pu nous permettre de répondre à cette question par l'affirmative, il nous a malgré tout semblé que l'essor de la consommation écologique au Canada – et donc du développement durable – impliquait nécessairement un resserrement juridique des règles relatives au contrôle de la véracité des déclarations écologiques en général.

En effet, les dispositions générales prohibant la publicité fausse ou trompeuse de la *L.c.* fédérale et de la *L.p.c.* québécoise ne nous sont pas apparues suffisantes pour traiter de la problématique particulière d'un litige impliquant une déclaration écologique d'apparence fausse ou trompeuse. Rajoutant à l'argumentation que nous avons développée au fil de la présente recherche, la transposition en droit canadien de cet extrait de l'auteur californien David F. Welsh nous semble illustrer parfaitement les risques qu'impliquerait une non-intervention juridique en matière de publicité écologique :

Consumers will be the big losers if substantial changes in the green marketing regulatory scheme are not made. If the standards are not clarified, some manufacturers are likely to stop making environmental claims altogether, while others continue to get away with borderline or deceptive green claims. Many manufacturers who discontinue claims will also curtail research and development of environmentally

beneficial products. Consumers will be deprived of truthful and educational information and fewer environmentally helpful products will be consumed²⁵⁵

Ainsi, afin de pallier efficacement aux lacunes et faiblesses normatives identifiées lors de notre analyse, nous croyons fermement que certaines formes d'intervention gouvernementale – comme l'instauration progressive de mesures contraignantes visant à régir le contenu des différentes *auto-déclarations* écologiques – pourraient constituer des solutions toutes indiquées.

Soulignons toutefois que les conclusions de notre article ne doivent pas nuire à la perception globale des efforts qui devront être investis pour mettre en œuvre le paradigme du développement durable au cours des prochaines décennies. En effet, il importe de garder à l'esprit que le principe de la consommation écologique ne doit pas être considéré comme une fin en soi, mais bien comme un premier pas en avant. Le contraire pourrait avoir des effets particulièrement pervers et, en bout de ligne, n'entraîner aucun avantage concret du point de vue de la protection de l'environnement. En effet, comme nous le rappelle l'OCDE :

Faire la promotion de produits qualifiés de bon choix environnemental est peut-être dangereux, car le consommateur a l'impression erronée que l'utilisation et la consommation de ces produits sont avantageux pour l'environnement, alors qu'en réalité, ils sont tout simplement moins nuisibles que des produits comparables qui servent aux mêmes fins. Le fait est qu'en règle générale, la meilleure façon de protéger l'environnement est de choisir des produits plus appropriés et d'en consommer moins.²⁵⁶

En tout état de cause, il est donc à souhaiter que le développement de la consommation écologique au Canada atteigne un jour un niveau tel que des articles similaires au nôtre puissent, dans le futur, porter sur des moyens

255. D. F. Welsh, *supra* note 207 à la p. 1027.

256. OCDE, *supra* note 40 à la p. 41. Voir aussi : C. Sabourin, «Repenser les modes de consommation pour le mieux-être des générations présentes et futures» (août 2002) 57 *Énergie Liaison-Francophonie* 207 à la p. 214.

*L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou
(2005) 35 R.D.U.S. trompeuse au Canada : une nécessité 519
pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique?*

concrets de ralentir le rythme de consommation des «sur-consommateurs» que nous sommes devenus.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LES INCERTITUDES JURIDICTIONNELLES EN TÉLÉMÉDECINE, OÙ EST POSÉ L'ACTE MÉDICAL ?
- Auteur(s) :** Robert P. KOURI
Sophie BRISSON
- Revue :** RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 2
- Pages :** 521-547
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11945>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11945>

Page vide laissée intentionnellement.

LES INCERTITUDES JURIDICTIONNELLES EN TÉLÉMÉDECINE, OÙ EST POSÉ L'ACTE MÉDICAL?

par Robert P. KOURI*
Sophie BRISSON**

La télémedecine soulève des interrogations relativement à certains enjeux comme la responsabilité civile, le droit d'exercice, la rémunération du médecin pour la prestation de services assurés en vertu des régimes publics d'assurance-santé et la gouvernance de la profession médicale. Le locus de l'acte médical joue inévitablement un rôle important dans la résolution de ces problématiques. Sur le plan légal cependant, le locus de l'acte médical varie selon l'aspect particulier étudié. Par exemple, les règles régissant les conflits de lois en matière de responsabilité civile médicale ne s'appliquent pas aux questions concernant le droit d'exercice ou le droit disciplinaire. L'adoption d'une législation uniforme par les juridictions concernées, énonçant les règles applicables aux situations juridiques découlant de la télémedecine, semble être la solution la plus évidente.

The practice of telemedicine raises issues relating to matters such as legal liability, licensure, remuneration under provincial health insurance programmes and the regulation of medical practice. The locus of the medical act necessarily plays a key role in resolving questions of this nature. However, for legal purposes, the locus of the medical act varies according to the context under discussion. For example, the rules governing conflicts of law in malpractice liability do not apply to matters of professional licensure or discipline. Therefore, the most obvious solution lies in the adoption of uniform legislation dealing specifically with issues arising from telemedicine.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et membre du Groupe de recherche en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke (GREDSUS).

**. Avocate, étudiante au programme de Maîtrise en Droit et Politiques de la Santé de l'Université de Sherbrooke et assistante de recherche du Groupe de recherche en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke (GREDSUS).

SOMMAIRE

Introduction	523
I - <i>Locus</i> de l'acte médical eu égard aux règles régissant les conflits de lois	524
II - <i>Locus</i> de l'acte médical eu égard à la réglementation de la pratique télé médicale	533
Conclusion	546

Introduction

L'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans le but de fournir des services de santé à distance¹ constitue certainement un développement intéressant dans l'évolution de la pratique médicale. Elle permet d'offrir à tout patient un accès rapide à des soins de santé de qualité, sans égard à son éloignement géographique². Cependant, la télémedecine soulève certaines difficultés relativement à la compétence juridictionnelle³ ainsi qu'à la réglementation entourant ce moyen innovateur de fournir des soins médicaux⁴. La télémedecine complexifie les situations juridiques en soulevant des controverses sur la nature même des rapports entre médecin et patient, plus particulièrement à l'égard de la responsabilité civile, du droit d'exercice du médecin et du droit à la vie privée du patient. Elle pose également certaines autres interrogations relativement au droit à la rémunération du médecin pour la prestation de services assurés en vertu des régimes publics d'assurance-maladie⁵ ainsi qu'à la gouvernance même de la profession médicale lorsque les services sont rendus par des médecins détenant un permis d'exercice délivré à l'étranger⁶.

-
1. P. Jennett et B. Siedlecki, «Telehealth Policy: Building a Functional System» (2000-01) 1 Telehealth Law 53; S. Callens, «Telemedicine and European Law» (2001-02) 2 Telehealth Law 34; R. W. Pong et J. C. Hogenbirk, «Licensing Physicians for Telehealth Practice: Issues and Policy Options» (1999) 8:1 Health Law Review 3.
 2. D. R. Batson, «Pennsylvania's Abortive Attempts to Regulate Telemedicine Through Restrictive Licensure Requirements: Protecting the Patient or Protecting the Profession» (2002) 106 Dick. L. Rev. 591 à la p. 595; R. D. Silverman, «Regulating Medical Practice in the Cyber Age: Issues and Challenges for State Medical Boards» [2000] Am. J. L. & Med. 255 à la p. 263.
 3. J. D. Blum, «Telemedicine Poses New Challenges for the Law» (1999) 20:1 Health L. Can. 115 à la p. 124. La prescription de médicaments par internet présente plusieurs difficultés quant à la réglementation, voir Silverman, *ibid.* aux pp. 270 et s.
 4. D. A. Crolla, «Cyberlaw: A Potent New Medicine for Health Law on the Internet» (2000-01) 2 Telehealth Law 13 à la p. 14.
 5. S. Hasham, R. Akalu et P. G. Rossos, «Medico-legal Implications of Telehealth in Canada» (2003-04) 4 Telehealth Law 9; Blum, *supra* note 3 aux pp. 119 et s.; Jennett et Siedlecki, *supra* note 1 aux pp. 55 et s. Voir généralement S. E. Volkert, «Telemedicine: Rx for the Future of Health care» (2000) 6 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 147.
 6. Notons que, pour bénéficier des soins du régime public d'assurance-maladie de sa province de résidence, le patient doit normalement rencontrer face-à-face le médecin qui se voit ainsi confier un rôle de porte d'entrée dans l'allocation des ressources disponibles dans une région géographique donnée, voir J. Carlisle, «Regulatory Aspects of Telemedicine in Canada» (2000-01) 1 Telehealth Law 4 à la p. 6.

Dans la recherche de solutions aux controverses soulevées par la télémedecine, le réflexe légitime du juriste est d'espérer que le paradigme médico-légal traditionnel soit en mesure de répondre entièrement à la tâche. Malheureusement, la réalité est toute autre puisque les éléments pertinents de la problématique à considérer varient selon l'aspect particulier étudié. Sur ce fond se pose la question du lieu d'exercice en télémedecine. Par exemple, dans la détermination du droit applicable au litige issu de la négligence dans un contexte télémedical, on doit se référer aux règles ordinaires applicables aux conflits de lois, tandis que dans la délimitation de la portée juridictionnelle de la législation encadrant la pratique médicale sur un territoire donné, on sera contraint de déterminer de prime abord si l'acte est réputé avoir été posé au lieu où se trouve le patient ou au lieu où se trouve le médecin.

Comme nous le verrons, l'absence de principe général quant à la détermination du *locus* de l'acte médical en télémedecine peut mener à des solutions qui diffèrent selon la nature de la matière envisagée.

I - *Locus* de l'acte médical eu égard aux règles régissant les conflits de lois

Pour déterminer le *locus* d'un acte «télémedical» en matière de conflits, on applique les règles de droit international privé propres aux rapports contractuels ou extracontractuels entre les parties impliquées. Pour ce faire, il importe d'abord de distinguer la *lex fori*, ou juridiction adjudicative, applicable aux questions de procédure, de la *lex causae*, c'est-à-dire la loi applicable au fond du litige selon la matière concernée.

En droit civil québécois, l'article 3148 C.c.Q., se rapportant aux actions personnelles à caractère patrimonial, affirme que les tribunaux québécois sont compétents dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

- 1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;
- 2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis des litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Le second alinéa de cet article édicte toutefois que les tribunaux québécois perdent compétence si les parties conviennent de soumettre leurs litiges à une autorité étrangère. De façon plus générale, mais n'ayant peu ou pas de pertinence en matière de télémedecine, les tribunaux québécois peuvent asseoir leur compétence lorsqu'une autorité québécoise décide que l'affaire présente des liens suffisants avec le Québec et que l'introduction d'une action à l'étranger s'avère impossible⁷. De plus, comme c'est le cas dans la plupart des autres juridictions, le *Code civil du Québec* reconnaît l'autorité du principe du *forum non conveniens*, lequel permet à l'autorité québécoise de décliner compétence en faveur des autorités d'un autre État qu'elle estime mieux à même de trancher le litige, malgré la présence d'éléments de rattachement la rendant par ailleurs compétente⁸.

En Common law canadienne, la juridiction *in personam* est établie lorsque le défendeur reçoit signification de l'action dans la province, se soumet à la juridiction du tribunal ou si, selon Martha Bailey, «the defendant was served *ex juris* in accordance with provincial rules, provided there is real and substantial connection between the forum and the dispute or the parties»⁹. De la même manière qu'en droit civil québécois, les tribunaux de Common law peuvent, exceptionnellement et à la demande d'une partie, exercer leur discrétion et décliner compétence afin de permettre l'introduction de l'action dans un *forum* présentant un lien plus étroit avec le litige¹⁰.

7. Art. 3136 C.c.Q.

8. Art. 3135 C.c.Q; *N.M. v. S.S.*, [1996] A.Q. No 4178 (C.A.) (QL).

9. M. Bailey, «Adjudicatory Jurisdiction and Telehealth» (2000-01) 2 *Telehealth Law* 1 à la p. 3, voir les arrêts cités à la note 5, notamment *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 aux pp. 1108-09, juge La Forest.

10. Bailey, *ibid.*, voir plus particulièrement l'arrêt cité à la note 6, *Amchem Products Inc. c. British Columbia (Worker's Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897 à la p. 982.

Quant au droit applicable aux litiges résultant de l'exercice de la télémedecine, le droit civil québécois impose la qualification préalable des liens juridiques unissant un demandeur et un défendeur, lesquels peuvent être de nature contractuelle ou extracontractuelle. En l'absence de contrat, l'article 3126 C.c.Q. prévoit que l'obligation de réparer le préjudice est régie par la loi de l'État où le fait générateur est survenu. Lorsque le préjudice est apparu dans une autre juridiction, la loi de cet État s'applique si la personne ayant commis l'acte dommageable devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait. Sur le plan extracontractuel, le droit civil québécois adhère donc, en principe, à la règle du *lex loci delicti*¹¹, laquelle prescrit que le lieu de la survenance de l'acte ou de l'omission fautive¹² détermine la loi applicable au litige¹³.

Dans le cas où le fautif devait prévoir que le préjudice se manifesterait dans un État autre que celui du lieu où le fait générateur du préjudice est survenu, la loi applicable serait exceptionnellement celle du lieu où le préjudice s'est effectivement manifesté¹⁴. À cet égard, le professeur Emanuelli est d'avis que la notion de prévisibilité s'apprécie en fonction d'un critère objectif et consiste à se demander si une personne raisonnable placée dans la situation de l'auteur de la faute aurait envisagé la survenance du préjudice¹⁵. Toutefois, le texte du *Code civil du Québec* affirme clairement que la loi de l'État où le préjudice est apparu s'applique «si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait». L'interprétation littérale de l'article 3126 C.c.Q. semble donc

11. G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. 2, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1998 au para. 466.

12. Dans certains cas, l'acte n'a pas à être fautif, voir par ex. *Spar Aerospace Ltd. c. American Mobile Satellite Corp.*, [2000] R.J.Q. 1405 (C.A.).

13. C. Emanuelli, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001 au para. 529.

14. Art. 3126 C.c.Q., al. 1 («[l']obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait.». Il faut prendre note d'une divergence entre les deux versions, française et anglaise, du texte législatif. En anglais, l'article se lit plutôt comme suit : «[t]he obligation to make reparation for injury caused to another is governed by the law of the country where the injurious act occurred. However, if the injury appeared in another country, the law of the latter country is applicable if the person who committed the injurious act should have foreseen that the damage would occur». Afin d'être conforme à la version française, il aurait fallu ajouter le mot «there» à la fin de la dernière phrase de la version anglaise de l'article).

15. Emanuelli, *supra* note 13.

militer en faveur d'une évaluation *in concreto*¹⁶. D'autres auteurs, en l'occurrence les professeurs Talpis et Castel, maintiennent que cet article du *Code civil du Québec* énonce une présomption simple de prévisibilité¹⁷. Sur ce point également, il serait utile de mentionner que le libellé de l'article 3126 C.c.Q. ne semble pas soutenir cette opinion¹⁸.

Dans le cadre de la pratique interjuridictionnelle de la télémedecine, il est fort probable qu'un tribunal décidera que le médecin aurait dû prévoir qu'une erreur fautive de sa part serait susceptible de causer un préjudice au patient dans un État autre que celui d'où il exerce. En conséquence, on peut anticiper qu'une faute commise par un médecin en Ontario à l'égard d'un patient situé au Québec serait jugée en fonction du droit québécois.

Lorsque les liens juridiques unissant les parties concernées découlent de rapports conventionnels, l'obligation de réparer le préjudice est régie par la loi applicable au contrat¹⁹. Cette loi sera celle désignée expressément ou implicitement dans le contrat²⁰ ou, à défaut de telle désignation, celle de la juridiction avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits, compte tenu de sa nature et des circonstances²¹. Afin de déterminer la juridiction en question, l'article 3113 C.c.Q. énonce comme facteur de rattachement le lieu de résidence de la partie devant fournir la prestation caractéristique de l'acte, ou le lieu de son établissement, lorsque le contrat est conclu dans le cours des activités d'une entreprise. Ajoutons que, selon le troisième alinéa de l'article 1525 C.c.Q.,

16. Sur la règle de l'interprétation littérale, voir dans P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 357 et s.

17. J. A. Talpis et J.-G. Castel, «Le Code civil du Québec: interprétation des règles du droit international privé» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil: priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, t. 3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 801 au para. 368.

18. Goldstein et Groffier, *supra* note 11, rejettent la notion de présomption de prévisibilité («[m]ême si cette interprétation rend plus lourde la charge du demandeur, il faut rappeler que l'application de la loi du lieu du préjudice signifie que l'auteur de celui-ci sera jugé selon un standard différent de celui de son milieu normal» au para. 466).

19. Art. 3127 C.c.Q.

20. Art. 3111 C.c.Q.

21. Art. 3112 C.c.Q.

[c]onstitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.²²

Dans l'hypothèse de la prestation transfrontalière de services télémedicaux, à moins d'une stipulation désignant expressément la *lex causae* dans le contrat, on appliquerait la loi du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique ou celle du lieu de l'établissement de son entreprise. Dans ces derniers cas, la loi applicable serait donc celle du médecin fournissant les soins ou services télémedicaux. Si on reprend l'exemple du médecin ontarien soignant à distance un patient au Québec, la loi applicable sera cette fois-ci celle de l'Ontario.

En Common law canadienne, la Cour suprême du Canada s'était déjà penchée sur la détermination de la loi applicable en matière de responsabilité délictuelle («torts»). Dans l'affaire *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*²³, le juge La Forest, parlant au nom de la Cour, affirme que,

[s]i on part du principe général selon lequel un État a compétence exclusive à l'intérieur de son propre territoire et les autres États doivent, suivant les principes de la courtoisie, respecter l'exercice de sa compétence à l'intérieur de son territoire, il me semble évident qu'en général, à tout le moins, la loi qu'il faut appliquer en matière de

-
22. Selon les Commentaires du Ministre de la Justice sur le *Code civil du Québec*, «[l]a notion d'entreprise recouvre l'ensemble de ces activités, lesquelles dépassent donc le cadre des activités commerciales puisqu'elles visent également, entre autres, les activités artisanales, agricoles, professionnelles ou fondées sur la coopération», voir Québec, Ministère de la justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 937.
23. [1994] 3 R.C.S. 1022 [*Tolofson*], infirmant (1992), 89 D.L.R. (4^e) 129, 3 W.W.R. 743 (B.C.C.A.), infirmant (1989), 40 B.C.L.R. (2^e) 90 (C. Sup.) (dans *Tolofson c. Jensen*), infirmant (1992), 99 D.L.R. (4^e) 125, 11 O.R. (3^e) 422 (C.A.), confirmant en partie (1991), 3 O.R. (3^e) 38 (Div. Gén. Ont.) (dans *Lucas (Litigation Guardian of) c. Gagnon*).

responsabilité délictuelle est la loi du lieu où l'activité s'est déroulée, c'est-à-dire la *lex loci delicti*.²⁴

Dans les circonstances les plus vraisemblables en télémedecine, c'est-à-dire lorsqu'un médecin et son patient se trouvent à l'intérieur de juridictions distinctes²⁵, l'analyse du juge La Forest mérite d'être nuancée pour la raison évidente que dans *Tolofson*, l'acte fautif et le préjudice souffert se sont produits dans la même juridiction. Conséquemment, toute affirmation de la Cour faisant référence à une hypothèse différente de celle-là serait un simple *obiter dictum*. Malgré tout, le juge La Forest ajoute que «[c]ertes il existe des situations, notamment lorsqu'un acte est accompli à un endroit, mais que ses conséquences se font sentir directement ailleurs, où la question de savoir où le délit lui-même a été commis pose des problèmes épineux. En pareil cas, il se peut bien que l'on juge que les conséquences constituent la faute»²⁶.

-
24. *Tolofson*, *ibid.* aux pp. 1049-50. Voir J. P. McEvoy, «Choice of Law in Torts: The New Rule» (1995) 44 U.N.B.L.J. 211 (commentant l'arrêt *Tolofson*, McEvoy exprime le point de vue selon lequel «[c]ertainty and simplicity have triumphed in Canadian conflict of laws. Having *lex loci delicti* as the strict choice of law rule for intra-Canadian multi-jurisdictional torts - but with a rare exception in relation to international torts - simplifies the judicial task and will promote settlements, reduce transaction costs and promote efficiencies within the legal system» [note omise] à la p. 224). Pour d'autres commentaires relativement à la décision de la Cour Suprême dans *Tolofson*, voir notamment : P. Kincaid, «*Jenson v. Tolofson* and the Revolution in Tort Choice of Law» (1995) 74 Can. Bar Rev. 537; R. M. Junger, «Case Comment» (1996) 23 Man. L.J. 689; J. Walker, «A Tale of Two Fora: Fresh Challenges in Defending Multijurisdictional Claims» (1995) 33 Osgoode Hall L.J. 549; J.-G. Castel, «Back to the Future! Is the 'New' Rigid Choice of Law Rule for Interprovincial Torts Constitutionally Mandated?» (1995) 33 Osgoode Hall L.J. 35 [Castel, «Back to the Future!»]; J. Walker, «Case Comment» (1995) 111 Law Q. Rev. 397; J. Swan, «Choice of Forum and Choice of Law: The Implications of the New Criteria for Judicial Control» (1996) 10 Advocates' Q. 22; William Tetley, «New Directions in Private International Law: *Tolofson v. Jensen* and *Gagnon v. Lucas*» (1996) 44 Am. J. Comp. L. 647; C. Walsh, «Territoriality and Choice of Law in the Supreme Court of Canada: Applications in Products Liability Claims» (1997) 76 Can. Bar Rev. 91; J. P. McEvoy, «Characterization of Limitation Statutes in Canadian Private International Law: The Rocky Road of Change» (1996) 19 Dalhousie L.J. 425; J. Swan, «Federalism and the Conflict of Laws: The Curious Position of the Supreme Court of Canada» (1995) 46 S.C.L. Rev. 923.
25. Tel que l'écrivent Castel et Walker, «[i]t can be particularly difficult to determine where a tort has occurred for the purposes of identifying the applicable law when the defendant's wrongful act or omission has occurred in one place and the plaintiff has sustained injury in another place or places, or when the injury is sustained in the course of dealings between places», voir J.-G. Castel et J. Walker, *Canadian Conflict of Laws*, 5^e éd., Markham, Butterworths, 2002 à la p. 35-17.
26. *Tolofson*, *supra* note 23 à la p. 1050.

Plusieurs années avant *Tolofson*, dans l'affaire *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd*²⁷, la Cour suprême a eu l'occasion de discuter du *locus* d'un délit civil lorsque l'acte fautif a été commis dans une juridiction et le préjudice a été subi dans une autre, mais uniquement aux fins de déterminer le tribunal compétent. Parlant au nom de la Cour, le juge Dickson a exprimé l'opinion que «[s]i l'atteinte constitue l'essence d'un délit civil, un facteur dominant dans la détermination du *situs* doit être le lieu où le droit de quelqu'un [à la sécurité personnelle] a été violé»²⁸. Ceci rend plausible le point de vue exprimé dans *Tolofson* à l'effet que la *lex loci delicti* serait effectivement la loi de l'endroit où le préjudice a été subi et non celui de l'acte fautif²⁹.

À cause de la structure d'analyse des conflits de lois, la détermination de la loi applicable en Common law dépend grandement de la qualification préalable de la question en litige. Dans un premier temps, on qualifie de manière générale la matière qui fait l'objet de la question en litige : soit il s'agit d'une question de procédure, auquel cas la *lex fori* s'applique ou, alors, il s'agit d'une question de droit substantif, auquel cas il faut poursuivre l'analyse³⁰. Dans un deuxième temps, il faut qualifier la question en litige selon la matière

27. [1975] 1 R.C.S. 393 [*Moran*], infirmant [1972] 5 W.W.R. 456, 30 D.L.R. (3^e) 109 (Sask. C.A.), infirmant [1972] 3 W.W.R. 161 (Sask. Q.B.).

28. *Moran*, *ibid.* à la p. 405.

29. Voir Castel, «Back to the Future!», *supra* note 24 («[...] *Moran v. Pyle* does not contain an adequate answer as it is questionable whether jurisdictional cases should be used for choice of law purposes. To adopt the test of most real and substantial connection to determine the place of tort is not satisfactory either. In order to avoid using the determination of the place of tort as an escape device, it would have been better if the Court had definitely held that in all situations the place of injury is the place of tort, instead of just alluding to it. Another formulation of the rule could have been as follows: "as a general rule, the law to be applied in torts is the law of the place where the injury occurred."» [notes omises] à la p. 73; voir également Castel et Walker, *supra* note 25 («[i]n *Tolofson v. Jensen* and *Lucas v. Gagnon*, the Supreme Court suggested that for choice of law purposes, the place of tort is where the wrongful activity occurred because the law of that place must determine the character of the wrong and its legal consequences. However, where all the facts and events that constitute the wrongful activity occur in one state but the consequences of that activity are felt in another state, the Court seemed to be prepared to consider the place of injury, that is where the harm ensued, as the place of the tort. Nevertheless, the question was not before the court in *Tolofson* and the *Lucas* cases because the wrongful activity and the injury had occurred in the same place» [notes omises] aux pp. 35-17, 35-18).

30. Dans *Tolofson*, la Cour suprême a qualifié la prescription («*limitation period*») comme étant une question de droit substantif.

concernée³¹. Selon la nature contractuelle ou extracontractuelle de la relation patient-médecin, deux catégories intéressent la responsabilité médicale : les «*contracts*» et les «*torts*»³². Cette réalité a donné ouverture à ce qui est reconnu par la doctrine comme étant un dispositif d'évitement («*escape device*»), c'est-à-dire un mécanisme permettant au demandeur d'échapper à l'application d'une règle de conflit qui serait autrement pertinente³³.

En situant la faute du médecin dans le cadre d'une relation contractuelle, on évite l'application de la règle de la *lex loci delicti* en faveur de la règle de rattachement propre aux contrats, soit la «*proper law of the contract*». Selon Castel, il serait donc possible de recourir au «system of law by which the parties expressly intended the contract to be governed, or where their intention is not expressed, the system of law with which the transaction has its most real and

31. Les catégories sont «*contracts*», «*torts*», «*property*», «*family*», «*succession*», voir J. Swan, «The New Choice of Law Rules in Torts: The Aftermath of *Tolofson v. Jensen*; *Lucas v. Gagnon*» (1999) 12:2 R.Q.D.I. 49 à la p. 50 [Swan, «The New Choice of Law Rules in Torts»].

32. La Common law reconnaît la nature contractuelle de la relation patient-médecin et, en conséquence, l'existence du recours basé sur l'inexécution des obligations contractuelles du médecin, voir G. Robertson, «Negligence and Malpractice» dans J. G. Downie, T. A. Caulfield et C. M. Flood, dir., *Canadian Health Law and Policy*, 2^e éd., Markham, Butterworths, 2002 à la p. 105 («[a]s well as giving rise to a duty of care in tort, the doctor-patient relationship is also a contractual one. Although the contract is seldom expressed in writing, it is implied by law, and it gives rise to a number of contractual rights and obligations. One of the implied terms of the contract is that the doctor will exercise reasonable care in treating the patient. When a patient sues a doctor, it is common practice for the claim to be expressed in terms of breach of contract as well as negligence. In most cases this has no significant effect on the outcome of the claim; the content of the doctor's contractual duty to exercise reasonable care is identical to the tort duty, and hence the fact that the duty exists both in contract and in tort will usually be immaterial» à la p. 105 [note omise]); voir également *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, rectifié [1988] 1 R.C.S. 1206. En droit québécois, il faut toutefois noter l'interdiction de l'option de régime codifiée à l'article 1458 C.c.Q.

33. Swan, «The New Choice of Law Rules in Torts», *supra* note 31 («[a]ll courts, English, French, Canadian and American, have developed a number of techniques to avoid the application of the law "selected" by the choice of law rule that the court felt compelled to follow. There were three general techniques that American (and English) courts developed. The class of techniques was recognized as offering a variety of "escape devices", i.e., devices used to escape the application of a choice of law rule considered to be unsuitable on one ground or another» [note omise] à la p. 61).

substantial connection»³⁴. Par un simple jeu de qualifications, la structure d'analyse des conflits de lois permet de contourner le principe adopté dans *Tolofson*, principe dont le choix était pourtant motivé par le besoin d'une plus grande certitude du droit³⁵.

-
34. J.-G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, 4^e éd., Markham, Butterworths, 2002 à la p. 189.
35. Pour un exemple récent du succès de ce mécanisme d'évitement, voir *Herman c. Alberta (Public Trustee)* (2002), 308 A.R. 320, 2 Alta. L.R. (4^e) 132. Plusieurs auteurs ont utilisé cette décision afin d'illustrer l'échec de *Tolofson*, voir par ex. V. Black, «Crash: the Ontario Court of Appeal bumps into *Tolofson*» (1998) 41 C.C.L.T. (2^e éd.) 170 («[t]he decision of the Ontario Court of Appeal in *Hanlan v. Sernesky* is the most important development in choice of law in tort since the Supreme Court of Canada decided *Tolofson v. Jensen* in 1994. This is so because *Hanlan* responds to a crucial question left undecided in *Tolofson*, namely, what should be the choice of law rule for international as opposed to interprovincial road accidents? *Hanlan* answers that question in a way which creates a significant exception to the *Tolofson* rule, and moreover reaches its conclusion by a quite different approach to choice of law, one which emphasizes justness of the result in the individual case rather than the rigid but supposedly certain rules favoured by the Supreme Court in *Tolofson*. The upshot is to create an instability with respect to choice of law in torts, an instability which is exacerbated by uncertainties arising from the brevity of the reasons given by the Court of Appeal in *Hanlan*» [notes omises]); Swan, «The New Choice of Law Rules in Torts», *supra* note 31 («[i]t may well be that it is pointless to criticize the decision; it has been given and it has been applied. What is, however, important is to note that, while the *lex loci delicti* may well be, by accident, an appropriate rule in some cases, the nature of the rule in the context of the structure for analysis that I have described has set the stage for manipulation of the rule. This manipulation was exactly what happened in the United States and was one of the vivid reasons for its rejection there: what good is a mechanical rule, designed to give certainty, if it can be manipulated so as to deny in practice any certainty in fact? The demonstration that the rule will not provide certainty is illustrated by the decision of Platana J. in *Hanlan v. Sernesky*» [note omise] aux pp. 56-57); Castel et Walker, *supra* note 25 («[p]erhaps the suggestion by the Supreme Court of Canada in *Tolofson* that "order" must come before "fairness" needs to be revisited. Recent caselaw suggests that order (certainty) may be achievable only through the application of a fair rule – one that is guided by the underlying principles of tort law rather than that of the territorial principle of international law. Such a rule might focus on the relationship between the parties that establishes the duty of care, and on the law that the parties would reasonable expect to govern their respective rights and obligations. Where the parties' relationship is defined geographically, as it is with strangers in traffic, the *lex loci* would govern, but as is more often the case, where the parties' relationship is defined otherwise – for example, as it might be between doctor and patient, employer and employee, manufacturer and consumer – the law indicated by that relationship would govern» [note omise] aux pp. 35-13); au même effet, voir J. Walker, «"Are We There Yet?" Towards a New Rule For Choice of Law in Tort» (2000) 38 Osgoode Hall L.J. 331 («[s]till, in those few years, Canadian courts, such as the Ontario courts in *Hanlan*, have moved swiftly to take maximum advantage of a narrow exception speculated upon in *obiter* in *Tolofson*» à la p. 334).

Tant en Common Law canadienne qu'en droit civil québécois, il n'existe aucune règle générale de droit international privé nous permettant d'établir avec conviction le *locus* de l'acte médical en télémedecine. Cela nous conduit à porter notre attention sur le droit public, plus particulièrement sur la réglementation de la pratique médicale.

II - *Locus* de l'acte médical eu égard à la réglementation de la pratique télémedicale

Comme nous le démontrerons, les règles de conflits qui déterminent la compétence du tribunal et le droit applicable aux actions en responsabilité n'apportent pas de solutions aux autres controverses majeures en télémedecine, comme celle relative à l'étendue du droit d'exercice ainsi que celle ayant trait au droit à la rémunération dans le cadre de régimes étatiques d'assurance-maladie. De plus, alors que l'établissement de la responsabilité civile fait appel aux règles du droit privé, les autres controverses relèvent essentiellement du droit public³⁶. Afin de proposer une approche cohérente à toutes ces questions, nous devons avant tout préciser le *locus* de l'acte posé dans chacun de ces contextes.

De prime abord, il faut comprendre que la notion de territorialité, en soi, n'est pas une indication suffisante de l'approche à adopter puisque la législation réglementant certaines branches du droit admet la compétence des tribunaux à l'égard de personnes situées à l'étranger³⁷. En ce qui concerne l'application de la compétence territoriale de l'État, le droit international reconnaît son pouvoir d'exiger que les personnes, les biens et les activités poursuivies dans les limites de son territoire soient assujettis à son ordre juridique. Selon Takach, «[a]s a general proposition, the jurisdiction of a government to pass and enforce laws is limited, in terms of physical proximity, to the land mass comprising the particular country, province, state, municipality, or other substate entity under the control of such government»³⁸.

36. P. Trudel *et al.*, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997 aux pp. 4-3 et s.

37. G. S. Takach, *Computer Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2003 à la p. 648. Voir les propos de Trudel *et al.*, *ibid.* aux pp. 4-10, 4-11 relativement au droit criminel. Voir généralement Côté, *supra* note 16 aux pp. 251 et s.

38. Takach, *ibid.* Voir aussi Trudel *et al.*, *supra* note 36 à la p. 4-13 («[c]e principe, qui témoigne de la souveraineté des États (ou du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), est reconnu dans le monde entier. Les lois canadiennes reconnaissent également ce principe et les exceptions donnant une portée extraterritoriale à ses dispositions sont énoncées

Si, par le passé, la notion de juridiction territoriale a reçu une interprétation restrictive, la tendance actuelle est de l'envisager plus généreusement. En effet, on tend à élargir la notion de compétence territoriale pour englober toute activité poursuivie en dehors du territoire de l'État mais qui entraîne des conséquences dans ses limites. D'après le professeur Arbour, «[l]e principe de territorialité objective vise à autoriser un État à juger des infractions commises à l'étranger par des étrangers mais dont l'effet préjudiciable se fait sentir dans cet État»³⁹. Ceci est l'expression de la doctrine de l'effet⁴⁰ ou, autrement dit, du «principe de territorialité objective», dont la validité a été reconnue par la Cour permanente de justice internationale en 1927 dans l'*Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*⁴¹ :

Aucun argument, d'où il résulterait que les États se reconnaissent obligés, l'un envers l'autre, de tenir compte seulement du lieu où se trouve l'auteur du délit au moment du délit, n'est venu à la connaissance de la Cour. Par contre, il est constant que les tribunaux de beaucoup de pays, même de pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial, interprètent la loi pénale dans ce sens que les délits dont les auteurs, au moment de l'acte délictueux, se trouvent sur le territoire d'un autre État, doivent néanmoins être considérés comme ayant été commis sur le territoire

expressément» [notes omises]). Sur les origines du principe de territorialité, voir J. P. McEvoy, «Federalism, Territorialism and Justice Laforest» dans DeLloyd J. Guth, dir., *Gerald V. La Forest at the Supreme Court of Canada 1985-1997*, Winnipeg, Supreme Court of Canada Historical Society, 2000 à la p. 345 («[t]o reconcile the counter-tensions of sovereignty and territoriality, Ulrich Huber (1689) proposed three principles : 1st. The laws of every empire have force within the limits of that government, and are obligatory upon all who are within its bounds. 2d. All persons within the limits of a government are considered as subjects, whether their residence is permanent or temporary. 3d. By courtesy of nations, whatever laws are carried into execution, within the limits of any government, are considered as having the same effect every where, so far as they do not occasion a prejudice to the rights of the other governments, or their citizens» [note omise] aux pp. 347-48).

39. J.-M. Arbour, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997 à la p. 268. Voir également *Dictionnaire de droit international public*, s.v. «compétence de l'État».

40. Voir *Dictionnaire de droit international public*, s.v. «effet (doctrine de l')».

41. (1927), C.P.J.I. (sér. A), n° 10, en ligne : Cour Internationale de Justice <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf> [*Affaire du «Lotus»*]. Sur l'évolution du principe de territorialité, voir D. J. Gerber, «Prescriptive Authority: Global Market as a Challenge to National Regulatory Systems» (2004) 26 Hous. J. Int'l L. 287 aux pp. 294-99.

national, si c'est là que s'est produit un des éléments constitutifs du délit et surtout ses effets.⁴²

En droit canadien, le principe de territorialité a grandement évolué suite à l'intervention de la Cour suprême dans l'affaire *Libman c. La Reine*⁴³. En effet, la Cour suprême y a développé le critère du «lien réel et important» qui favorise une interprétation libérale du principe de territorialité. Écrivant au nom de la Cour, le juge La Forest affirme :

Je pourrais résumer ainsi ma façon d'aborder les limites du principe de la territorialité. Selon moi, il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Comme l'affirment les auteurs modernes, il suffit qu'il y ait un «lien réel et important» entre l'infraction et notre pays, ce qui est un critère bien connu en droit international public et privé.⁴⁴

De cette manière, la seule limite au principe de territorialité serait l'absence de «lien réel et important» entre l'acte reproché et l'État qui cherche à le réprimer⁴⁵. Il n'est donc pas surprenant que les tribunaux canadiens considèrent la compétence des ordres professionnels à l'endroit de leurs membres comme s'étendant aux actes sans égard au lieu où ils ont été posés et, conséquemment, à des actes posés à l'étranger. En effet, il s'agit de l'essence des décisions rendues par plusieurs instances incluant la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Legault and Law Society of Upper Canada*⁴⁶, la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Re Underwood McLellan & Associates Ltd. c.*

42. *Affaire du «Lotus»*, *ibid.* à la p. 23.

43. [1985] 2 R.C.S. 178 [*Libman*]. Voir aussi J.-G. Castel, *Extraterritoriality in International Trade: Canada and the United States of America Practices Compared*, Toronto, Butterworths, 1988 («[i]n order to overcome the mockery of justice that would result from a rigid adherence to the territoriality principle in cases where not all the constituent elements of an offence and its effects take place wholly within the confines of one state, a distinction has been made between subjective and objective territoriality» à la p. 11).

44. *Libman*, *ibid.* aux pp. 212-13.

45. Côté, *supra* note 16 («[e]n résumé, et en simplifiant, on peut dire que la loi d'un État a un effet extraterritorial lorsqu'elle entend régir des personnes, des biens, des actes ou des faits juridiques qui n'ont pas un «lien réel et important avec cet état» [note omise] aux pp. 257-58).

46. (1975), 8 O.R. (2^e) 585 (C.A.) (avocat).

*Association of Professional Engineers of Saskatchewan*⁴⁷, la Haute Cour de Justice de l'Ontario dans *Re Feige and Governing Board of Denture Therapists*⁴⁸, la Cour suprême du Canada dans *Black c. Law Society of Alberta*⁴⁹ et, plus récemment, la Cour d'appel du Québec dans *Paquette c. Comité de discipline de la Corporation professionnelle des médecins du Québec*⁵⁰. Toutes ces décisions considèrent que les ordres professionnels sont investis d'une compétence personnelle à l'endroit de leurs membres et que cette compétence les autorise à punir tout écart de conduite, sans égard au lieu de sa survenance.

Tel qu'envisagé par le droit contemporain, le principe de territorialité n'est pas enfreint par le seul exercice de la compétence personnelle des ordres professionnels sur leurs membres. Comme il a été dit précédemment, tant qu'il existe un lien réel et substantiel entre les gestes répréhensibles imputés au professionnel et le devoir de l'ordre de protéger le public, le principe de territorialité de la loi est présumé être respecté. En droit disciplinaire, cela s'illustre clairement par l'extension de l'application de certains règlements à des actes commis à l'extérieur de la province. Par exemple, dans *Paquette*, la Cour d'appel du Québec a statué que le *Code de déontologie des médecins*⁵¹ «suivait» le médecin québécois et s'appliquait donc aux actes posés au-delà des frontières du Québec⁵².

Dans cette affaire, un membre du *Collège des médecins du Québec*(C.M.Q.) avait été déclaré coupable par un Comité de discipline d'avoir administré, en Haïti, une thérapie médicale non approuvée au Québec⁵³. Le médecin avait reçu les patients en consultation au Québec et les avait encouragés à recevoir ladite thérapie de lui, mais seulement en Haïti où cette forme particulière de traitement n'était pas interdite. Le médecin recherchait la

47. (1979), 103 D.L.R. (3^e) 268 (Sask. C.A.) (ingénieur).

48. (1981), 129 D.L.R. (3^e) 564 (Div. gén. Ont.) (dentiste).

49. [1989] 1 R.C.S. 591 (avocat).

50. [1995] R.D.J. 301, 67 Q.A.C. 201 [*Paquette* avec renvois à la R.D.J.]. Voir les autres décisions citées dans *Paquette : Pfeiffer c. Fortier* (*Tribunal des professions*), Montréal 500-02-004951-856, 12 mai 1986 (C.Q.) et *Comité -Avocats* 20, [1975] D.D.C.P. 101.

51. R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.1.

52. *Paquette*, *supra* note 50.

53. La thérapie insulino-cellulaire, dite thérapie donatienne, consiste essentiellement à augmenter la perméabilité des cellules à d'autres médicaments au moyen d'injections d'insuline.

révision de la décision sur la base de l'absence de juridiction du C.M.Q. pour statuer sur la culpabilité d'un médecin relativement à des actes contraires au *Code de déontologie* qu'il a, par ailleurs, commis dans un pays étranger.

Parlant pour la Cour d'appel qui a maintenu les décisions de la Cour supérieure et du Tribunal des professions, le juge Baudouin est d'avis que, bien qu'on ne doive pas adopter la «position extrême voulant qu'une corporation professionnelle puisse avoir juridiction en tout état de cause, dans tous les cas, sur tout acte posé à l'étranger par un de ses membres»⁵⁴, dans le litige sous étude, le Comité de discipline avait le droit de sanctionner les actes accomplis par l'appelant. En effet, tous les patients étaient québécois. De plus, la faute reprochée au docteur Paquette s'étendait non seulement à l'administration du traitement, c'est-à-dire les injections d'insuline faites en Haïti, mais aussi à l'établissement du diagnostic et à la recommandation du traitement, lesquels avaient été faits au Québec⁵⁵. À ce sujet, l'affirmation du juge Baudouin à l'effet qu'«[i]l n'est peut-être pas inutile de rappeler que nous ne sommes pas ici en matière de droit criminel où, sauf exception, le principe de territorialité est la règle (art. 6(2) C.cr.), mais en matière disciplinaire où c'est moins la réprobation sociale qui motive la sanction exemplaire de l'individu que le maintien de la qualité professionnelle des membres d'une Corporation»⁵⁶, risque de soulever des interrogations dans l'esprit du lecteur qui pourrait être tenté d'envisager la compétence personnelle de l'ordre d'une profession comme une dérogation au principe de territorialité de la loi.

Même si l'exercice de la compétence personnelle d'une corporation professionnelle à l'égard d'un de ses membres relativement à des actes commis à l'étranger semble, en apparence, constituer une exception au principe stricte de territorialité de la loi, il devrait plutôt être traité comme étant légitimé par une interprétation extensive de ladite règle, d'où le principe de territorialité objective. De cette manière, on peut dire qu'«une loi n'a pas d'effet extraterritorial simplement parce qu'elle prétend régir une personne, un bien, un acte ou un fait

54. *Paquette, supra* note 50 à la p. 304.

55. *Paquette, ibid.* Dans son jugement, le juge Baudouin cite l'opinion exprimée par le juge La Forest dans l'arrêt *Black c. Law Society of Alberta*, *supra* note 49 à la p. 631, ainsi que *Legault c. Law Society of Upper Canada*, *supra* note 46 et *Underwood, McLennan and Association of Professional Engineers of Saskatchewan*, *supra* note 47.

56. *Paquette, ibid.* à la p. 305.

physiquement situés à l'étranger»⁵⁷ et que «[c]'est le *situs* aux yeux du droit qui doit être pris en considération»⁵⁸. En raison de la particularité des faits pertinents de la décision *Paquette*, il est juste d'affirmer que la question de la juridiction extraterritoriale est loin d'être résolue.

En l'absence de législation, il ne peut y avoir fondamentalement qu'un choix quant au lieu où l'acte (ou l'omission) est présumé avoir été posé en télémedecine, soit au lieu où se situe le médecin, soit à l'endroit où se trouve le patient. Chacune des alternatives comporte des avantages et a reçu l'adhésion d'un certain nombre d'organisations.

Au Canada, le C.M.Q.⁵⁹, le *College of Physicians and Surgeons of British Columbia*⁶⁰ et l'*Association des infirmières et infirmiers du Canada*⁶¹ ont tous statué que les services médicaux délivrés par le moyen de la télémedecine sont présumés avoir été rendus au lieu où se trouve le médecin. Aux États-Unis, le *U.S. Health Care Financing Administration* a décidé qu'à des fins de remboursement dans le cadre du programme «Medicare», le service est rendu au lieu où se situe le professionnel qui a fourni la consultation⁶².

57. Côté, *supra* note 16 à la p. 257.

58. *Ibid.*

59. Collège des Médecins du Québec, Énoncé de position, «Télémedecine» (mai 2000), en ligne : Collège des médecins du Québec <<http://www.cmq.org/UploadedFiles/positiontelemedecineang00.pdf>>.

60. Telle position est suggérée dans G. Tremblay McCaig, «L'influence du droit constitutionnel à la vie privée dans le domaine de la télémedecine» (2003) 29 *Queen's L.J.* 326 à la n. 10, ainsi que dans Hasham, Akalu et Rossos, *supra* note 4 à la p. 15.

61. Association des infirmières et infirmiers du Canada, Énoncé de position, EP-52, «Le rôle de l'infirmière dans la télépratique» (novembre 2001), en ligne : Association des infirmières et infirmiers du Canada <http://www.cna-aiic.ca/_frames/policies/policiesmainframe_fr.asp> («[l]es infirmières actives en télépratique exercent dans la province ou le territoire où elles sont situées et autorisées, peu importe où se trouve le client. C'est pourquoi elles doivent dispenser des services de télépratique infirmière conformes au *Code de déontologie des infirmières autorisées*, aux normes d'exercice de la profession, aux mesures législatives pertinentes et aux guides de pratique de la province ou du territoire où elles sont autorisées et où elles exercent la profession»).

62. U.S. Health Care Financing Administration, «HCFA Regulations for Rural Reimbursement Released» (22 juin 1998), en ligne : <www.atmeda.org/news/ruralregtxt.html> (en anglais, on peut lire que le «site of service is the location of the practitioner providing the consultation»).

La position du C.M.Q. illustre parfaitement cette approche. Elle se base sur les prémisses qu'un ordre professionnel a la mission première de protéger le public et qu'il exerce une compétence personnelle et non simplement territoriale à l'endroit de ses membres. De la même façon qu'une consultation traditionnelle requiert une rencontre, normalement par la présence physique du patient auprès du médecin, ce point de vue exprime également l'idée que le patient, lors d'une téléconsultation, doit se rendre au cabinet du médecin, mais qu'alors, sa présence est virtuelle. Par conséquent, quoique le médecin qui exerce à l'intérieur du territoire québécois doive détenir un permis pour le faire, le médecin titulaire d'un permis d'exercice d'une autre juridiction, qui pourvoit une téléconsultation à partir de l'extérieur de la province à un patient québécois, n'aurait pas l'obligation d'être membre du C.M.Q. Dans son cas, la détention du permis d'exercice délivré par l'autorité compétente du lieu d'où il exerce serait suffisante.

Le document énonçant la position du C.M.Q. souligne les nombreux avantages qu'elle présente, notamment celui d'éviter au médecin la nécessité d'être titulaire d'un permis d'exercice dans plus d'une juridiction ou, encore, d'être autorisé à pratiquer dans tous les hôpitaux ou établissements où la consultation est reçue. De plus, il confirme l'obligation du médecin consulté de conserver les dossiers médicaux de la consultation. Cette position se reflète également dans l'analyse faite par les auteurs Pong et Hogenbirk, qui fait ressortir toutes les complexités d'un système exigeant la délivrance de permis d'exercice par plusieurs ordres professionnels et de privilèges par plusieurs hôpitaux ou établissements⁶³. Au nom de la commodité et de la simplicité, le médecin fournissant des services de télésanté serait donc soumis uniquement à la structure légale de sa propre juridiction⁶⁴.

Toutefois, plusieurs arguments de taille peuvent être soulevés à l'encontre de ce point de vue qui est loin de faire l'unanimité. Selon Pong et Hogenbirk, cette position ne procure pas aux patients non-résidents une protection adéquate parce que, de toute évidence, l'autorité la mieux placée pour assurer leur protection est l'autorité compétente dans la juridiction de leur

63. Pong et Hogenbirk, *supra* note 1.

64. A. Lacroix *et al.*, «International Concerted Action in Collaboration in Telemedicine: Recommendations for G-8 Global health Applications Subproject-4» (2002), en ligne: American Telemedicine Association <<http://www.atmeda.org/news/newres.htm>>.

résidence et que l'examen des plaintes serait plus difficile dans les cas où elles concerneraient des patients non-résidents⁶⁵. À cet égard, Caryl considère que le patient qui dépose une plainte dans la juridiction qui a délivré le permis d'exercice au médecin plutôt que dans la juridiction de son propre lieu de résidence, serait moins bien protégé puisque cet ordre n'aurait que peu d'intérêt à consacrer les ressources nécessaires à l'investigation de la plainte d'un patient non-résident⁶⁶. Ainsi, selon Caryl, ceci «[would] unjustly shift the burden of legal protection against the patient»⁶⁷.

Pour Heather Daly, la fiction juridique selon laquelle le patient se rendrait électroniquement chez le médecin aurait l'effet de provoquer du «*forum shopping*» et d'encourager les fournisseurs de services télé médicaux à s'établir dans certaines juridictions dont les lois seraient plus favorables à la défense d'une action en responsabilité professionnelle⁶⁸.

Nous sommes sensibles à l'argument dénonçant le fait que les victimes de soins négligents pourraient être contraintes au dépôt d'une plainte en dehors de leur juridiction de résidence, avec tous les inconvénients qui s'ensuivent. Toutefois, la crainte du «*forum shopping*» ou de l'exploitation d'«abris légaux» de responsabilité professionnelle par les médecins engagés en télésanté nous apparaît moins convaincante pour la simple raison que le *locus* du défendeur n'est pas nécessairement le facteur pertinent dans la détermination de la loi applicable. Comme nous l'avons souligné ci-haut, le droit international privé suit son propre ensemble de règles et, en l'absence de législation particulière régissant la prestation des services de télésanté, il fonctionne à la lumière de principes généraux de conflits de lois⁶⁹.

65. Pong et Hogenbirk, *supra* note 1 à la p. 8.

66. C. J. Caryl, «Malpractice and Other Legal Issues Preventing the Development of Telemedicine» (1998) 12 J.L. & Health 173 aux pp. 188-89.

67. *Ibid.* à la p. 188.

68. H. L. Daly, «Telemedicine: The Invisible Legal Barriers to the Health Care of the Future» (2000) 9 Annals Health L. 73 à la p. 102.

69. K. Poe est, d'une certaine manière, plus nuancé dans son analyse en ce qu'il distingue entre les applications interactives et non-interactives de la télé médecine. Dans le cas d'applications non-interactives, comme en téléradiologie et télépathologie, l'acte se pose où se situe le médecin, tandis que, lorsque la consultation est interactive, c'est-à-dire qu'elle s'opère en temps réel, l'acte se pose où se situe le patient, voir K. Poe, «Telemedicine Liability: Texas and Other States Delve into the Uncertainties of Health care Delivery Via Advanced Communications Technology» (2001) 20:3 Rev. Litig. 681 aux pp. 699-700.

En raison d'objections de cette nature, l'opinion prépondérante est à l'effet qu'en télémedecine l'acte est posé là où se situe de patient. Assez curieusement, seulement deux ordres provinciaux de médecins et chirurgiens, ceux de l'Alberta et du Nouveau-Brunswick, ont formellement adopté cette position, bien que de manière indirecte. Par exemple, le *College of Physicians and Surgeons of Alberta* soutient avoir compétence sur les services télémedicaux fournis au patient à l'intérieur de son territoire⁷⁰, tandis que l'article 47 du *Règlement sur les fautes professionnelles* du *Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick* affirme que le fait de pratiquer, par quelques moyens, la médecine dans une autre juridiction sans y avoir obtenu un permis constitue une faute, laissant ainsi sous-entendre que la localisation du patient détermine le *locus* du traitement⁷¹. La *Federation of Medical Licensing Authorities of Canada* (maintenant connue sous le nom *Federation of Medical Regulatory Authorities of Canada*), une association nationale d'autorités provinciales et territoriales de réglementation de la profession médicale, créée dans le but de promouvoir une perspective nationale sur des questions relatives à la délivrance de permis d'exercice et à la réglementation de la pratique médicale, a exprimé l'opinion selon laquelle, vu la plus grande accessibilité aux structures d'imputabilité de sa propre juridiction, il serait mieux que l'acte télémedical soit présumé être posé là où se situe le patient⁷². Telle est également la position adoptée par l'*Association canadienne de protection médicale* dans son *Feuilleton d'information* du mois d'octobre 2003 dans lequel elle prévoit que, pour des fins de couverture d'assurance, le lieu où le soin est prodigué sera le lieu de situation du patient au moment où il le reçoit⁷³.

70. College of Physicians and Surgeons of Alberta, «Council Passes Telemedicine Bylaw» (septembre 2000) 81 The Messenger 8, en ligne : College of Physicians and Surgeons of Alberta <http://cpsa.softworks.ca/publicationsresources/attachments_messengers/m81.pdf> («[w]hen a medical opinion or treatment are provided by means of telemedicine to a patient in Alberta, that medical opinion or treatment is deemed to have been provided at the patient's geographic location» à la p. 8).

71. College of Physicians and Surgeons of New Brunswick, «Bulletins» (avril 1999), en ligne : Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick <<http://www.cpsnb.org/english/Bulletins/april-1999.html>>.

72. Federation of Medical Regulatory Authorities of Canada, Policy Statements and Guidelines, «Telemedicine» (juin 1999), en ligne : Federation of Medical Regulatory Authorities of Canada <<http://www.fmlac.com/index.cfm?fuseaction=content&ID=34&mainID=19>>.

73. L. Dion, P. Ceresia et D. Crolla, «Assistance de l'ACPM lors de poursuites en justice découlant de la pratique de la télésanté – Principes généraux» *Feuilleton d'information [de l'Association canadienne de protection médicale]* (octobre 2003).

Plusieurs autres organisations professionnelles adhèrent aussi à ce point de vue. Par exemple, l'*American College of Radiology* est d'avis que les règles relatives à la prestation télé médicale sont celles qui s'appliquent au site de transmission des images radiologiques, donc normalement à l'endroit où se situe le patient⁷⁴. Pareillement, l'*American Medical Association*⁷⁵, l'*American College of Pathologists*⁷⁶, la *Federation of State Medical Boards*⁷⁷, l'*Australian Medical Council*⁷⁸, le *Comité Permanent des Médecins Européens*⁷⁹, l'*Association*

-
74. L'*American College of Radiology* affirme aussi que «[p]hysicians who provide the official interpretation of images transmitted by teleradiology should maintain licensure as may be required for provision of radiologic service at both the transmitting and receiving sites. When providing the official interpretation of images from a hospital, the physician should be credentialed and obtain appropriate privileges at that institution», voir American College of Radiology, «A.C.R. Technical Standard for Teleradiology» (2003), en ligne : American College of Radiology <http://www.acr.org/dyna/?doc=departments/stand_accred/standards/dl_list.html> à la p. 712.
 75. American Medical Association, «Physician Licensure: An Update of Trends» (janvier 2002), en ligne : American Medical Association <<http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/2378.html>>.
 76. College of American Pathologists, «College of American Pathologists Policy on Licensure Requirements for Interstate Diagnosis Including Interstate Telemedicine Practice» (février 2003), en ligne : College of American Pathologists <<http://www.cap.org/apps/docs/statline/telemed.pdf>> (le patient est présumé s'être présenté pour obtention d'un diagnostic dans l'État où le spécimen a été effectivement obtenu).
 77. Federation of State Medical Boards, «A Model Act to Regulate the Practice of Medicine Across State Lines» (avril 1996), cité dans Federation of State Medical Boards, «Model Guidelines for the Appropriate use of the Internet in Medical Practice» (avril 2002), en ligne : Federation of State Medical Boards <http://www.fsmb.org/Policy%20Documents%20and%20White%20Papers/internet_use_guidelines.htm#_ftnref8>.
 78. Uniform Committee Working Party on Telemedicine, «Australian Medical Council Discussion Paper on Registration Implications of Telemedicine» (1988) cité dans The Royal Australian and New Zealand College of Psychiatrists, Position Statement, No. 44 «Telepsychiatry» (octobre 2002), en ligne : The Royal Australian and New Zealand College of Psychiatrists <<http://www.ranzcp.org/pdf/posstate/ps44.pdf>> à la p. 9.
 79. Standing Committee of European Doctors, CP 97/033, «Ethical Guidelines in Telemedicine» (avril 1997), en ligne : Standing Committee of European Doctors <http://213.177.130.12:591/adopted/cp%201997_033.pdf>.

*Médicale Mondiale*⁸⁰ et l'*International Bar Association*⁸¹ affirment tous que l'acte médical est posé où se situe le patient.

Malgré les coûts et les autres inconvénients de l'obligation de détenir plus d'un permis d'exercice, le choix de la juridiction du patient comme *locus* d'imputabilité présente l'avantage de s'accorder avec la règle traditionnelle voulant que chaque État ou province réglemente l'exercice de la médecine à l'intérieur de ses frontières et, par là, de contribuer à un meilleur contrôle sur les normes applicables⁸². La fiction voulant que le patient se transporte électroniquement auprès du médecin semble n'être qu'un stratagème conçu dans l'intention d'obvier au problème de la multiplication des permis d'exercice. L'acte médical ayant pour finalité de soigner la maladie, la pratique de la médecine *doit* être centrée sur le patient⁸³ et non sur le médecin⁸⁴. Néanmoins,

80. Association Médicale Mondiale, «Prise de position de l'Association Médicale Mondiale sur les responsabilités et les directives éthiques liées à la pratique de la télémédecine» (octobre 1999), en ligne : Association Médicale Mondiale <<http://www.wma.net/f/policy/a7.htm>> aux paras 12 et 22.

81. International Bar Association, Section on Legal Practice, «Draft International Convention on Telemedicine and Telehealth» (22 juillet 1999), en ligne : European Health Telematics Observatory <<http://www.ehto.org/legal/draftconvention.doc>>.

82. Pong et Hogenbirk, *supra* note 1 à la p. 8; Daly, *supra* note 68 aux pp. 88, 106 (elle suggère que, même si les lois professionnelles ont pour objet la protection du public, «[t]hey can also be used as an anti-competitive device to protect the business interests of local providers» [note omise] à la p. 88).

83. Voir par ex. Canadian Medical Association, «Code of Ethics» (15 octobre 1996), en ligne : Canadian Medical Association <http://www.cma.ca/index.cfm/ci_id/2419/la_id/1.htm> («[c]onsider first the well-being of the patient» à l'article 1); R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, «Civil Liability of Physicians Under Quebec Law» dans J. G. Downie, T. A. Caulfield, C. M. Flood, dir., *Canadian Health Law and Policy*, 2^e éd., Markham, Butterworths, 2002, 533 («[w]e feel however that since medical acts necessarily have only one focal point, namely the patient, the patient's location should be determinant» à la p. 577).

84. L. McNamara, E. Nelson et B. Windwick, «Regulation of Health Care Professionals» dans J. G. Downie, T. A. Caulfield et C. M. Flood, dir., *Canadian Health Law and Policy*, 2^e éd., Markham, Butterworths, 2002, 55 («[t]he primary regulatory or monitoring activity carried out by professional governing bodies is the discipline of members who do not meet the standards set by the profession. Discipline is the means by which health professions enforce their standards, and its goal is to prevent actions which threaten the well-being of the public» à la p. 77); *McCulloch Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, juge LeBel («[l]e premier objectif de ces ordres n'est pas de fournir des services à leurs membres ou de défendre leurs intérêts collectifs. Ils sont formés dans le but de protéger le public, comme le veut l'art. 23 du *Code des professions* [...] Ces dispositions confèrent aux membres du Barreau un monopole sur l'exécution d'un certain nombre d'actes professionnels tels que la

même ce point de vue exige d'être nuancé car, tel que le soutient avec justesse Domenic Crolla, un médecin fournissant des conseils médicaux spécifiques à un patient situé hors-province pratique en fait tant dans la province de sa localisation que dans la province de son interlocuteur⁸⁵. L'implication évidente ici est qu'en télémedecine, la nécessité d'être titulaire de plus d'un permis semble inévitable.

Mis à part les questions relatives à la détention du permis d'exercice, on constate aisément le risque de *«forum shopping»* quant aux matières relevant du droit disciplinaire, dans l'hypothèse où un médecin serait régi par plus d'une association professionnelle. En effet, la violation d'une règle déontologique applicable dans la juridiction propre au *locus* du médecin, mais moins rigoureuse dans celle du patient, permettrait à la victime de choisir une juridiction plus favorable au dépôt de sa plainte.

Devrait-on succomber à la tentation d'envisager le patient comme un simple consommateur et, en conséquence, adopter le paradigme propre aux lois de protection du consommateur qui cherchent à privilégier les intérêts du consommateur plutôt que ceux du commerçant⁸⁶? Procéder par des analogies de ce genre, bien que théoriquement intéressant, ne peut apporter le degré de certitude requis à des discussions de cette nature, lesquelles transcendent de simples considérations géographiques. Tout comme les signaux électroniques ou, de manière encore plus évidente, la pollution atmosphérique, la télémedecine, dans son essence, ne se cantonne pas aux limites territoriales d'un

consultation, la rédaction d'actes de procédure et la représentation devant les tribunaux (*Loi sur le Barreau*, art. 128). Puisque ce monopole n'est pas créé à des fins privées, mais pour reconnaître l'importance sociale du rôle de l'avocat dans une société démocratique fondée sur la règle de droit, il impose à l'ordre des obligations importantes de contrôle de la compétence et de surveillance de la conduite de ses membres après leur inscription au Tableau de l'Ordre (*Fortin c. Chrétien*, par. 12-18)» aux pp. 29-30).

85. D. A. Crolla, «Health care Without Walls: Responding to Telehealth's Emerging Legal Issues» (1998) 19:1 Health L. Can. 1 à la p. 12. Il est généralement admis que la question du permis d'exercice est «a primary barrier to telemedicine's future global expansion», voir N. Lugn, «Medical Licensure and Telemedicine: Necessity or Barrier?» (2001) Suffolk Transnat'l L. Rev. 165 à la p. 170.

86. Voir par ex. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, art. 21 («[l]e contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur»).

État⁸⁷. Il serait donc imprudent de laisser la détermination d'une question aussi importante aux aléas d'une approche prétorienne basée sur des analogies forcées.

Conséquemment, certaines initiatives doivent être prises dans le but de réglementer toutes les facettes de la pratique de la télé médecine. Ces solutions peuvent varier en complexité et en difficulté d'implantation, surtout lorsqu'elles se rapportent à des systèmes légaux reposant sur des assises différentes. Déjà, le 31 janvier 1997, dans son *Report to Congress*, le *Joint Working Group on Telemedicine* avait décrit huit modèles potentiellement applicables en télé médecine relativement à la seule problématique du permis d'exercice⁸⁸. Ceux-ci comprennent 1) l'exception de consultation⁸⁹, 2) l'endossement⁹⁰, 3) la reconnaissance mutuelle⁹¹, 4) la réciprocité⁹², 5) l'enregistrement⁹³, 6) le permis limité⁹⁴, 7) le permis national⁹⁵ et 8) le permis fédéral⁹⁶. Ce large éventail de solutions pour la résolution de l'une des questions relatives à la pratique télé médicale laisse présager que les autres problématiques feront aussi l'objet d'une même abondance de règles.

-
87. Daly, *supra* note 68 («[g]eography is irrelevant in the world telemedicine» à la p. 104).
88. Joint Working Group on Telemedicine, «Telemedicine Report to Congress» (31 janvier 1997), en ligne : U.S. Department of Commerce, National Telecommunications and Information Administration <<http://www.ntia.doc.gov/reports/telemed/legal.htm>>. Voir aussi Volkert, *supra* note 5 aux pp. 173 et s.
89. La demande de consultation par un médecin local permet au médecin non-résident de pratiquer la médecine sans permis dans cet État.
90. La seule détention d'un permis d'exercice dans un État permet au médecin non-résident d'obtenir un permis dans un autre État dont les normes de pratique sont semblables.
91. La détention d'un permis dans un État permet au médecin non-résident de pratiquer dans les autres États qui se sont entendus sur l'harmonisation des normes de pratique.
92. La détention d'un permis d'exercice dans un État qui reconnaît la validité du permis d'exercice délivré par d'autres États, permet au médecin non-résident de pratiquer dans ses États qui, réciproquement, reconnaissent la validité du premier.
93. Le seul enregistrement permet au médecin non-résident qui détient un permis dans un État de pratiquer dans un autre État pour lequel il s'enregistre.
94. La détention d'un permis limité permet de pratiquer certaines activités de la médecine dans l'État pour lequel le médecin non-résident obtient le permis.
95. La détention d'un permis national permet au médecin non-résident de pratiquer dans l'État qui lui a délivré le permis, délivrance qui est facilitée par l'harmonisation des normes entre les États.
96. La détention du permis fédéral permet au médecin résident d'un État de pratiquer à travers tout le pays en vertu d'un seul permis émis par le gouvernement fédéral.

Dans le contexte canadien, il importe d'éliminer le plus d'obstacles possible à la pratique de la télémedecine entre les provinces⁹⁷, mais il serait également opportun de faciliter et de réglementer la pratique de la télémedecine entre les États américains et les provinces. À cause des considérations relatives au partage constitutionnel des compétences législatives et au respect des pouvoirs reconnus aux provinces, la meilleure approche serait l'adoption d'une législation uniforme qui établirait clairement les règles applicables à l'attribution du permis d'exercice, à la responsabilité civile et déontologique, à la rémunération de l'acte, à la confidentialité et à la conservation des dossiers médicaux. Qui plus est, certaines modalités devront être étudiées comme, par exemple, l'impossibilité de pratiquer la télémedecine à moins d'une demande du médecin local, lequel assumerait la responsabilité première du traitement⁹⁸ ou, encore, l'opportunité de permettre au médecin étranger de fournir directement, par voies électroniques, les services médicaux au patient, sans nécessiter un quelconque intermédiaire. Il serait également pertinent de distinguer entre la prestation directe de services médicaux par voies électroniques et, par exemple, la publication sur Internet de renseignements sur la santé s'adressant au public en général, puisque seule la première hypothèse peut donner naissance à une relation thérapeutique⁹⁹. En tout état de cause, l'existence de la relation patient-médecin doit demeurer la base de la responsabilité médicale en télémedecine¹⁰⁰.

Conclusion

Les règles de droit international privé, bien que suffisantes pour résoudre des questions relatives à la juridiction et à la *lex causae*, ne sont d'aucune utilité dans la détermination à d'autres fins du *locus* d'un acte professionnel posé en

97. Cela serait conforme à l'esprit de la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, c. C-6, art. 7.

98. Batson, *supra* note 2 à la p. 615.

99. J. D. Blum, «The Role of Law in Global e-Health: A Tool for Development and Equity in a Digitally Divided World» [2002] Saint Louis U.L.J. 85 à la p. 95; G. E. Deleon, «Telemedicine in Texas: Solving the Problems of Licensure, Privacy, and Reimbursement» (2003) 34 St. Mary's L.J. 651 (affirme que la télésanté vise seulement à transférer de l'information générale sur la santé, alors que la télémedecine «involves the actual and direct delivery of medical care» à la p. 655); D. F. Meek, «Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer» [1998-99] Cumb. L. Rev. 173 («[o]nce a doctor has direct contact with a patient, be it verbal or visual, a physician-patient relationship should be imputed, along with the accompanying liability» à la p. 188).

100. Daly, *supra* note 68 à la p. 101.

télémedecine. Pendant que d'importantes questions demeurent en suspens à cause de l'hésitation des législateurs canadiens et québécois à adopter une solution définitive, nous sommes réduits à décider presque intuitivement (et peut-être arbitrairement)¹⁰¹ du lieu où se pose l'acte télémedical. Il est évident que, du point de vue du médecin à tout le moins, la solution la plus simple serait de déclarer l'acte médical posé là où il se situe. Les controverses relatives à la facturation aux programmes gouvernementaux d'assurance-maladie, à la délivrance du permis d'exercice et à la réglementation de la profession pourraient être ainsi résolues de manière expéditive. Quant à la question de savoir si un programme provincial d'assurance-maladie permettrait au médecin non-résident de le facturer pour des services rendus dans une juridiction particulière, la question demeure entière. Mis à part la commodité, il est indiscutable que la prestation médicale demeure un service fourni *au patient* et l'intérêt de ce dernier doit demeurer la raison d'être de cette activité¹⁰². La médecine a pour mission de traiter la maladie – un service public de la plus haute importance – et non pour faciliter la poursuite d'une carrière. Ces considérations, plutôt que celles relatives à la facilité et de la commodité, doivent être déterminantes dans l'identification du *locus* de l'acte médical.

La solution la plus évidente au dilemme serait l'adoption d'une législation uniforme par toutes les juridictions impliquées, solution qui aurait l'avantage incontestable de fournir des réponses cohérentes à ces interrogations, en plus d'être respectueuse de la compétence législative de chaque état ou province.

101. P. G. Gulick, «The Development of a Global Hospital is Closer Than We Think: An Examination of the International Implications of Telemedicine and the Developments, Uses and Problems Facing International Telemedicine Programs» [2000] *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 183 à la p. 206.

102. Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 83 à la p. 577.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ESSENTIEL DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS

Auteur(s) : Mathieu DEVINAT

Revue : *RDUS*, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : **549-552**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11946>

Page vide laissée intentionnellement.

«L'ESSENTIEL DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS»*

par Mathieu DEVINAT**

Avec *L'essentiel de l'interprétation des lois*, M^e Richard Tremblay nous propose un ouvrage original qui s'adresse principalement aux praticiens et aux étudiants désireux de comprendre les procédés, parfois imprévisibles, d'interprétation des lois. L'auteur, un spécialiste de la rédaction législative et de la légistique, a certainement longuement médité la matière traitée, car il parvient, en moins d'une centaine de pages, à traiter de ce sujet complexe d'une manière intelligible et raisonnée, le tout ponctué d'exemples éclairants provenant de domaines variés. On ne peut donc contester qu'il s'agit là d'un ouvrage utile sur le plan pédagogique, dont les conclusions risquent même de relancer le sempiternel débat sur la *bonne* manière d'interpréter les textes législatifs.

À l'intérieur d'un plan tripartite, l'auteur aborde en premier lieu «Le cadre général de l'interprétation», dans lequel il expose de manière synthétique les enjeux et débats qui ont jalonné les réflexions sur l'interprétation en droit. En second lieu, dans le chapitre intitulé «L'importance des principes non écrits du droit en interprétation», il traite longuement des principes en droit, qu'il semble distinguer des autres règles d'interprétation¹, bien qu'il leur reconnaisse «une valeur égale à la loi»². L'auteur dresse ainsi un portrait détaillé des différentes espèces de principes dont il précise la nature et décrit les fonctions. Enfin, le troisième chapitre aborde ce qu'il considère être «la clé de l'interprétation», qu'il résume dans la proposition suivante : il faut «tenir compte

*. R. Tremblay, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004.

**, Directeur adjoint au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de l'Université McGill et professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke (à partir de juin 2005).

1. R. Tremblay, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2004 à la p. 29. Paradoxalement, l'auteur aborde dans le même chapitre, et sans vraiment expliquer pourquoi, les règles tirées des lois d'interprétation du Québec et du Canada. On aurait pu s'attendre à ce qu'il traite de ces lois dans la section portant sur les sources du droit qui servent à l'interprète (à la p. 9 et s.), plutôt que dans la partie traitant des principes d'interprétation.

2. *Ibid.* à la p. 32.

de tout le contexte». Loin d'être simpliste, la perspective défendue par l'auteur implique que, «pour être juste et conforme au droit»³, l'interprétation doit tenir compte d'un ensemble de facteurs qu'il énumère de la manière suivante : les textes normatifs dans leur ensemble, l'histoire des normes, les principes non écrits du droit, les principes de logique, la réalité sociale et les considérations d'équité.

En s'attaquant tout particulièrement à la règle de l'interprétation littérale et en élargissant quelque peu les éléments contextuels suggérés par Elmer Driedger⁴, M. Tremblay rejoint l'opinion dominante chez les spécialistes de l'herméneutique juridique. En effet, la méthode proposée par l'auteur vise à ébranler certaines habitudes de travail des juristes, qui ont peut-être tendance à s'en tenir à une simple lecture littérale des lois. En même temps, elle cherche à légitimer le recours à des sources d'information qui sont rarement prises en considération, comme, par exemple, les données sociales, morales ou systémiques qui sont interpellées par les différentes interprétations d'un texte. L'examen contextuel «global» que défend l'auteur peut même aboutir à des résultats contradictoires, selon les contextes envisagés. Dans ces cas, l'auteur prône la recherche d'une «synthèse entre le texte législatif, les principes non écrits, la raison, l'équité et les valeurs sociales»⁵.

L'une des particularités de cet ouvrage est qu'il ne se contente pas de faire une description systématique des différentes méthodes d'interprétation reconnues en droit. L'auteur consacre plutôt un chapitre entier à ce qui, selon lui, constitue la meilleure façon de lire et d'appliquer les lois. Ce militantisme est animé par une croyance, que l'on devine sincère, selon laquelle la méthode contextuelle *totale* permet d'atteindre le «sens profond» du texte et d'accomplir

3. *Ibid.* à la p. 96.

4. La méthode proposée par l'auteur se situe dans le prolongement de la directive formulée par Elmer Driedger : *Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.* E.A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983 à la p. 87. Parce qu'elle réunit en une seule phrase la plupart des directives méthodologiques retenues par les tribunaux, la formule de Driedger a souvent été reprise par les juges comme point d'appui de leur raisonnement.

5. Tremblay, *supra* note 1 à la p. 96.

ainsi la volonté du législateur, envisagée ici suivant une conception dynamique qui tient compte «de la réalité sociale actuelle»⁶. Lorsque l'on sait que ces directives proviennent d'un conseiller en rédaction législative, l'on constate l'importance du chemin parcouru depuis les écrits de Louis-Philippe Pigeon!

Reste certains points de détail sur lesquels nous avons ressenti une certaine carence dans le traitement qui leur est réservé. Bien que le titre de l'ouvrage indique que l'auteur s'en tient à l'essentiel, la discussion sur les sources du droit en matière d'interprétation dans les traditions romano-germanique et anglo-saxonne aurait mérité un traitement plus approfondi, car elle ne saurait satisfaire un lecteur moyennement averti. Que l'on soit d'accord ou non avec l'auteur lorsqu'il dit constater une «grande convergence méthodologique» entre ces deux traditions, on peut difficilement prétendre couvrir un sujet si vaste en quelques pages. Également, il aurait été peut-être utile d'aborder plus directement la question du droit transitoire⁷, ou d'expliquer un peu plus le principe suivant lequel «Le droit exige des sanctions», sujets sur lesquels on pourrait écrire des chapitres entiers. Enfin, l'auteur invoque les «abus de l'hitlérisme» pour illustrer les limites du légalisme, mais il ne confronte pas sa propre méthode à l'hypothèse de la loi moralement répréhensible ou à celle qui serait socialement néfaste⁸. Il aurait été intéressant de connaître l'opinion de l'auteur sur la possibilité de refuser d'appliquer une loi et de défendre une interprétation *contra legem*⁹.

6. *Ibid.* à la p. 88.

7. L'auteur consacre trois lignes au principe non écrit de la non-rétroactivité des lois et aucune à propos des droits acquis. Au sujet de la non-rétroactivité, il écrit d'ailleurs que «la rétroactivité, interdite aux juges, est permise au législateur pourvu qu'il l'exprime clairement». Sachant que les décisions judiciaires qui formulent des principes nouveaux s'appliquent à des situations juridiques entièrement survenues avant leur prononcé (qui est le critère de la rétroactivité), on peut considérer que la rétroactivité n'est pas nécessairement interdite aux juges.

8. *Ibid.* à la p. 31.

9. N'étant pas une étude de philosophie politique, on peut difficilement lui reprocher de ne pas avoir étudié cette question fondamentale, d'ailleurs rarement abordée dans les œuvres de même nature. Mais parce que l'auteur a recours à des arguments d'ordre philosophique pour critiquer certaines conceptions du droit, il aurait été normal qu'il confronte sa propre méthode aux mêmes arguments.

Il demeure que cet ouvrage s'inscrit dans une discipline, la méthodologie juridique, qui est rarement abordée par les auteurs ou discutée dans les prétoires. Malgré les appels répétés en ce sens, trop peu d'ouvrages et d'articles traitent directement des questions méthodologiques en droit, et on ne peut que saluer ce dernier arrivage. Également, il est pertinent de souligner que, contrairement à certains ouvrages de doctrine, la réflexion de l'auteur n'est pas restée inféodée à la parole du juge ou à celle du législateur. En ce sens, on peut parler d'une œuvre personnelle rédigée par un esprit indépendant.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES INFRACTIONS CONTRE LA PERSONNE ET CONTRE LES BIENS

Auteur(s) : Simon ROY

Revue : *RDUS*, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : **553-555**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11947>

Page vide laissée intentionnellement.

**«LES INFRACTIONS
CONTRE LA PERSONNE
ET CONTRE LES BIENS»***

par Simon ROY**

Cette cinquième édition du précis de la professeure Grondin était attendue depuis quelque temps déjà. En effet, sept années se sont écoulées depuis la parution de la quatrième édition, un délai relativement long si l'on considère la régularité des quatre éditions précédentes (1988, 1990, 1991 et 1996). La patience du lecteur est cependant récompensée puisque cette nouvelle édition compte seize pages de plus que la précédente, soit une augmentation de près de 10%.

Bien que plus volumineuse, cette cinquième édition reprend essentiellement le plan de l'édition précédente. Il est d'ailleurs essentiel de détailler les grandes lignes de ce plan afin de se faire une juste idée du contenu de l'ouvrage.

Le précis de la professeure Grondin est divisé en deux parties, la première traitant des infractions contre les personnes et la seconde des infractions contre les biens. La première partie se subdivise en trois chapitres. Dans un premier chapitre, l'auteure s'attarde aux infractions punissant les homicides, soit le meurtre, l'infanticide, l'homicide involontaire coupable, la négligence criminelle causant la mort, la conduite dangereuse causant la mort et la conduite avec capacité affaiblie causant la mort. En plus de décrire les éléments essentiels de ces infractions, l'auteure aborde la question connexe de la défense de provocation lors de son étude du meurtre. Notons également l'attention particulière portée à la délicate question de l'élément mental requis en matière de négligence criminelle.

Lors du second chapitre, l'auteure décrit les infractions relatives aux atteintes à l'intégrité physique des personnes. Parmi les infractions examinées,

*. R. Grondin, *Les infractions contre la personne et contre les biens*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003.

**., Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

on compte les diverses variantes de l'infraction de voies de fait, les trois formes d'agression sexuelle, ainsi que les infractions d'enlèvement et de séquestration.

Soulignons que les règles de preuve particulières en matière d'agression sexuelle font aussi l'objet de commentaires.

La première partie de l'ouvrage se termine par un chapitre un peu étonnant, soit l'analyse des infractions reliées à la conduite d'un véhicule. Bien que ces infractions ne soient pas toutes, à proprement parler, des infractions contre les personnes, le *Code criminel* les classe dans cette catégorie et la professeure Grondin fait donc de même. Dans cette optique, elle analyse notamment la conduite dangereuse, le défaut d'arrêter sur les lieux d'un accident, la conduite avec capacité affaiblie et la conduite durant l'interdiction lors de ce troisième chapitre. Signalons également les remarques de l'auteure au sujet des diverses présomptions prévues à l'article 258 du *Code criminel*. Il s'agit d'un ajout fort pertinent dans les circonstances.

Tel que mentionné précédemment, la seconde partie du précis est consacrée aux infractions contre les biens et elle se compose de quatre chapitres distincts. Lors des trois premiers chapitres, l'auteure s'intéresse successivement au vol et autres infractions connexes, à certaines opérations frauduleuses (fraude, escroquerie, faux-semblant) et aux infractions d'introduction par effraction et de méfait. Bien que très succinct, le quatrième chapitre de la seconde partie aborde quant à lui la question des infractions relatives au recyclage des produits de la criminalité, ce qui constitue un ajout par rapport à l'édition précédente du précis.

La description du contenu de ce précis ne saurait être complète sans glisser un mot sur la substantielle introduction au sujet proposée par l'auteure. Afin de situer son propos dans le contexte plus général du droit pénal, la professeure Grondin expose brièvement une foule de considérations pertinentes dans le cadre de son introduction. On retrouve notamment des explications relatives au partage des compétences, à la *Charte canadienne*, à la classification procédurale des infractions, aux catégories d'infractions, aux infractions incluses et à la notion de condamnations multiples. Ajoutons finalement que le précis est doté de trois tables alphabétiques et d'un index analytique détaillé, ce qui en facilite la consultation rapide.

À la lecture de cet ouvrage, nous avons pu relever ses nombreuses qualités. Soulignons entre autres les références aux solutions prévalant en droit français et en droit britannique ainsi que l'analyse de certaines questions de preuve et de procédure indispensables à l'étude approfondie des infractions traitées. L'intérêt porté aux solutions jurisprudentielles élaborées dans les autres provinces canadiennes mérite également d'être noté, car cela permet au juriste québécois d'avoir accès à des sources d'information encore trop souvent négligées.

En ce qui a trait à la forme, le propos est clair et concis. Cela n'est guère étonnant si l'on se rappelle que l'auteure enseigne le droit pénal spécial à l'Université d'Ottawa depuis déjà plusieurs années. D'ailleurs, ce précis semble principalement destiné à l'étudiant qui prend contact avec le sujet pour la première fois. Le juriste plus expérimenté y trouvera néanmoins un outil de recherche fort efficace sur une foule de sujets.

En terminant, rappelons que l'étude de la professeure Grondin prend la forme d'un précis et non d'un traité. Par conséquent, certains sujets sont nécessairement commentés de façon superficielle. C'est notamment le cas du recyclage des produits de la criminalité, sujet qui fait l'objet d'un chapitre comptant seulement deux pages.

Bref, cette cinquième édition du précis *Les infractions contre la personne et contre les biens* s'inscrit dans la lignée des éditions précédentes. Le propos y est essentiellement descriptif, ce qui fait en sorte que l'étudiant et le praticien y trouveront rapidement une multitude d'informations pertinentes et utiles.